DEL

RINNOVAMENTO

DEI

BUONI STUDI GIURIDICI

IN ITALIA

PER

ERIO SALA

DI MODENA

Prof. di diritto civile nella Regia Università degli studi nella città stessa
Avvocato alla Corte di Cassazione

DALLA SOCIETÀ L'UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

TORINO
Via Carlo Alberto, N° 33
casa Pomba

NAPOLI (Deposito)
Strada Nuova Monteoliveto N°
piano primo

1870

DEL

RINNOVAMENTO

DEI

BUONI STUDI GIURIDICI

IN ITALIA

PER

ERIO SALA

DI MODENA

Prof. di diritto civile nella Regia Università degli studi nella città stessa

Avvocato alla Corte di Cassazione

STAMPERIA DELL'UNIONE TIP.-EDITRICE

TORINO
Via Carlo Alberto, N° 33
casa Pomba

NAPOLI
Strada Fiorentini, N° 96
piano terzo

1869

Digitized by Google

PROEMIO

Qualsiasi scrittore di materie morali e giuridiche si propone mai sempre, o di mostrare l'esistenza di qualche falso giudizio, che toglie alla scienza di svilupparsi in tutta la sua grandezza, o di combattere qualche errore introdottosi nella esplicazione dei dettati relativi; e dar così mano a promuovere il perfezionamento degli animi e degli ingegni: sicchè, per quanto si possa meglio, a ciascun uomo sia data quella parte di beni e di felicità, che con equa lance gli furono assegnati negli intendimenti della divina Provvidenza. E di qui si rileva la supremazia di coteste scienze sulle fisiche e le matematiche, perchè queste servono bensì ad avvantaggiare il genere umano nelle agiatezze della vita, nella prosperità dei commerci, nell'aumento dei diletti: ma tutte queste utilità non tolgono, che, o si commettano usurpazioni di cose altrui, o si violino gli altrui diritti, o si rifiuti all'adempimento dei propri doveri; e tutti quindi non abbiano quanto è ad essi dovuto. Noi ammiratori di questa incontestabile superiorità delle scienze morali e giuridiche sopra le scienze fisiche e matematiche, che pure d'insolita e meravigliosa luce ora risplendono: noi, che, lasciando a parte il grande campo delle scienze filosofiche, abbiamo limitati i nostri studii alle materie giuridiche, nel grande movimento politico e legisla-

tivo dei tempi nostri abbiamo creduto intravedere, che colle introdotte novità si siano introdotti ancora degli errori, e che l'affetto vivissimo, col quale si proseguono e diffondono i nuovi ordinamenti, precluda l'adito a conoscere gli errori stessi: abbiamo creduto intravedere, che in fatto poi tali errori perdurino e si estendono per due motivi: l'uno, perchè, abbandonate le antiche dottrine del Giure Romano e Comune, gli studiosi mancano di norme certe e sicure per l'esatta e profonda interpretazione dello spirito e della parola delle nuove leggi, e della ragione fondamentale dei nuovi istituti; l'altro, perchè, troppo confidando sulla bontà dei nuovi ordini, si astengono dallo studiarne la ragione e il fondamento, e non iscorgono punto, o non intravedono, che in parte, le imperfezioni dei medesimi, e intravedendoli solo in parte si limitano a farne sterili e monchi giudizi, non sanno e non vogliono dar mano di proposito allo studio ed all'uso dei rimedi.

Nostro scopo pertanto nel presente lavoro è di mostrare l'esistenza di questi due errori, e di combatterli, sia mostrando il nesso tra il presente ed il passato, sia proponendo i mezzi atti a congiungere questo a quello; e mostrata poi tutta la grandezza dei vecchi dettati, e la loro indispensabile applicazione alle leggi presenti, accennare, come a seguito di una stessa idea, a compimento di una sola ed identica teoria, alle imperfezioni dei presenti ordini e, per quanto è possibile, temperarne la ragione, correggerli nei loro svolgimenti pratici, e nelle discipline che li accompagnano.

A tale scopo da una parte, riassumendo le diverse parti del giure moderno, ci sarà d'uopo accennare al modo d'innestare la sapienza antica sui dettati della legge presente senza escludere alcuno dei benefici della presente civiltà, mostrando invece che la medesima non può correre sicura per la sua via senza abbeverarsi alle fonti dell'antico diritto: sotto quest'aspetto ci basterà accennare di mano in mano i principali dettati di questo giure, instituirne la critica, mostrarne l'ar-

monia colla natura umana, che è sempre la stessa, si spiega colle stesse norme, si favorisce e soddisfa colle stesse discipline in qualunque condizione politica o civile si venga immaginando: dall'altra, ci sarà d'uopo procedere mostrando appunto l'imperfezione degli ordini attuali; al quale intento le nostre idee si svolgono sopra una triplice serie di fatti pienamente tra loro distinti, e che pure si danno mano, e si compenetrano per condurre agli stessi risultati:

Il primo si è quello dell'indigesta congerie di più Codici, nei quali si rinnovellano disposizioni press'a poco uguali, il più delle volte però con parole diverse, con intendimenti meno esatti in uno, di quello che in un altro, tanto che si ingenera confusione ed incertezza, e lo stesso fatto prende proposizioni diverse, la stessa dottrina si svolge con concetti poco bene determinati, più spesso elastici, non sempre bene maturati, spesso nell'uno diversi da quelli dell'altro, perciò stesso, o in questo o in quello, in modo del tutto erroneo e dannoso ai veri interessi della nazione, d'onde la necessità di riunire diversi Codici, se non in un solo, in due o tre soltanto; l'uno civile comprendente in sè il Codice commerciale amministrativo e marittimo e le teorie del giure internazionale; l'altro penale comprendente in sè il Codice militare e marittimo, e la maggior parte delle leggi penali amministrative; il terzo infine dei Codici di processura, in quanto per ciò che riguarda la materia e la forma delle prove, è giusto ed opportuno che le disposizioni, le quali fanno per l'uno, facciano anche per l'altro.

Il secondo si verifica: 1° Per gli errori legislativi considerati nell'ordine razionale, in quanto nel giure civile, si siano ammessi concetti nuovi erronei, o ripudiati istituti giusti e convenienti, e nel giure penale si siano specialmente in ordine alle pene adottati rigori non giustificati, graduazioni erronee e la giustizia non sia sempre resa secondo il merito; 2° Per non pochi difetti gravissimi di redazione delle leggi moderne, sicchè riesce per eccellenza difficile trovar modo di

Digitized by Google

mostrare, o per lo meno di conciliare la vecchia colla nuova dottrina, donde poi nella pratica emanano gli sconci dei quali parliamo.

Il terzo si riferisce all'organatura degli istituti giudiziari, ai gravi difetti che si contengono nei medesimi, ai miglioramenti che si possono e devono in essi introdurre, sicchè corrispondano alla necessità dei tempi con quell'ampiezza, che da una parte esclude le indebite restrizioni, dall'altra toglie modo a che si corra per esagerate larghezze a risultati diversi da quelli che, considerati in se stessi, si potrebbero attendere, o per lo meno desiderare.

Crediamo che questo breve cenno basti a dar forma e colore al nostro concetto, ed a mostrare, com'esso possa e debba svilupparsi in latissime proporzioni, e comprendere in sè tutta la materia, che alle leggi civili e penali, ed all'organismo giudiziario si attengono.

Del resto queste materie non saranno da noi trattate in tante parti, distinta l'una dall'altra, come potrebbe di leggieri far credere la separazione colla quale siamo proceduti nel dare le indicazioni del nostro concetto; la loro natura non lo comporta: occorre che e l'uno e l'altro difetto, l'uno e l'altro provvedimento siano accennati e svolti unitamente, sicchè dall'insieme del lavoro appaia (prendendo a base od una, od altra materia del giure civile o penale), che bene si sia provveduto a tutto quanto è stato annunziato, ma il lavoro sia il risultato di un concetto solo, non sia che un solo nudo e semplice ragionamento.

Arduo còmpito è il nostro: noi qui non facciamo che annunziare il nostro concetto non altrimenti di quello che si voglia fare talora con un epigrafe: prima però di dar mano al lavoro proposto, ne svolgeremo la ragione e la natura in una estesa introduzione, che crediamo opportuno chiamare *prolegomeni* dell'opera stessa. Eravamo quindi nella necessità di fare qualche breve parola, meglio che a dimostrazione del nostro intendimento, a prefazione, diremo così, del-

l'istessa opera dei prolegomeni. I prolegomeni poi dimostreranno se sia giusto il concetto dell'opera, se siano veri gli errori di cui abbiamo fatto cenno, e l'opera dimostrerà se siano facili e sicuri i rimedi che in essa proporremo a correzione degli errori stessi. Noi non abbiamo confidenza nei nostri studi, e nella forza della nostra mente; sì unicamente abbiamo la coscienza dell'amore sincero alla prosperità nazionale che ci anima e conforta: in questa confidiamo, da questa desumiamo la speranza di essere perdonati a nostra volta dei nostri errori.

Però, o noi c'inganniamo di gran lunga, od un'opera di questo genere (nel presupposto che chi volesse darvi mano avesse e l'ingegno e la dottrina, che io sento quanto in me difettino, e la lena e la volontà necessaria per ordinarlo, redigerlo e condurlo a fine), mi pare corrispondere per eccellenza ai bisogni ed alle aspirazioni dei nostri tempi: mi pare, che dessa solo, conciliando il passato col presente, intromettendosi nell'avvenire, e preparandolo, possa veramente iniziare il Regno della nuova scienza giuridica, dare ai popoli quella larghezza di istituti, quella sicura e tranquilla coscienza della bontà loro, alla quale tanto vivamente e tanto vanamente di continuo anelano. E vaglia il vero; se noi vogliamo lasciare a parte un'istante, e le dottrine della Scuola Storica, e le opinioni degli uomini troppo tenaci del passato (i quali vorrebbero distruggere tutta l'opera e gli istituti del presente, per far rivivere e la Giurisprudenza e le discipline delle antiche scuole), e le opinioni e le dottrine degli uomini, che, autori a mo' di dire, o per lo meno esagerati fautori d'ogni odierno istituto, soliti a porlo a riscontro col passato senza guardare all'avvenire, totalmente assorti nella contemplazione deliziosa delle maggiori felicità da esso arrecate al genere umano, non hanno nè la mente, nè la volontà di pensare a preparare il meglio: se, dico, noi guardiamo ai bisogni indefiniti dell'anima umana, che mai si acqueta nel bene presente, che appena soddisfatta nell'appagamento di un desiderio, si sente

Digitized by Google

trascinata dalla prepotenza di un altro: se noi ascoltiamo l'intima voce dell'io interno, che tante cose profonde rivela a chi tranquillo e scevro da preoccupazioni lo interroga; noi sentiamo: che la scienza del passato non può essere una fiaba ed una serie di errori e di dottrine che in nessuna maniera corrispondano ai concetti di un vero assoluto e indispensabile; che la scienza non può essere l'opera d'una sola generazione, il risultato di pochi studii ordinati affrettatamente sotto l'osservanza o l'impero delle grandi preoccupazioni, delle esagerate opinioni politiche; sentiamo il bisogno di ricorrere alla autorità d'uomini, la cui voce, consacrata dal rispetto dei secoli, non possa essere contraddetta, e di rimettere in onore le opere di essi, che, per la scala dei secoli, faticando e dandosi mano, allargarono di continuo il Regno della scienza e furono ministri di felicità, per lo meno diminuirono di gran lunga i mali che afflissero i tempi loro; sentiamo che la scienza in quei volumi è esatta; e non solo siamo tratti a rispettar altamente chi è abbeverato nei medesimi, ad invocarne con maggior confidenza i responsi; ma veggiamo verificarsi costantemente questo fenomeno (che rivela per se solo tutta la grande storia delle idee umane sempre vive, sempre diffuse, sempre in lotta e sempre progredienti), cioè che lo spirito nostro riposa sulle dottrine, sulle enunciative e risoluzioni da loro proposte con una tranquillità, con una soddisfazione, che non si può trovare in quelle degli uomini, che, negligendo il passato, risolvono le difficoltà col solo lume della loro ragione, o colla scorta di dottrine recenti non ancora pacificamente accolte nel Regno della scienza.

Che se dal passato volgiamo lo sguardo e al presente e all'avvenire, per quanto lo spirito nostro si rallegri nello splendore della civiltà presente e nel pensiero che l'età nostra segna il divorzio con un passato funesto per moltiplici errori, cagioni di lunghe e dolorose sventure; pure nell'intimo del cuore sentiamo che la civiltà presente (anchè credendo gli istituti adeguati ai costumi) è inferiore a queste

Digitized by Google

sue aspirazioni; che nel suo svolgimento non è perfetta e compiuta come si desidera; che i suoi istituti, le sue previdenze non soddisfano pienamente al cómpito che si propone; che vi sono o delle lacune, alle quali indarno si cerca in esse e fuori di esse apposito rimedio; che se insomma la volontà è grande, nobile (come fu e sarà mai sempre), i mezzi coi quali procede, sono sempre imperfetti ed insufficienti; e quando dolenti di queste considerazioni del presente volgiamo lo sguardo all'avvenire, il sentimento arcano inenarrabile di un progresso indefinito, di una civiltà più splendida inaugurata della civiltà nostra, ci rivela che le virtù più sviluppate, le intelligenze più dirozzate, le istituzioni fatte più efficaci e levigate, le aspirazioni meglio temperate al vero correderanno l'animo e la mente dei nostri nepoti di più salde virtù, di più alti intendimenti, propagheranno più castigati e puliti costumi, allargheranno i presenti istituti, ne inizieranno di più nobili e solenni, sicchè la civiltà nostra a paragone di quella si presenterà povera e rude, apparirà più felice assai lo stato di coloro che saranno chiamati a vivere dopo di noi.

Però se la scienza è antica ed immortale, se il presente si deriva dal passato e porge la mano all'avvenire, se le leggi sono il più grande libro delle nazioni, e le fatiche del giureconsulto il più alto e subline lavoro dello spirito umano, poichè servè a porre nella sua vera luce la sapienza monumentale delle leggi delle nazioni; pare a noi che il libro, col quale si tenti di riporre in onore e richiamare a nuova vita la sapienza del passato, chiamare a disamina gli errori dei presenti istituti, ed accennare a miglioramenti da attuarsi per l'avvenire, soddisfaccia a tutti gl'intendimenti dello spirito umano, sia per eccellenza l'opera che i tempi nostri richieggono per riposare sulla certezza di una scienza imperitura e dal di lei seno volgere lo sguardo e le forze dell'intelletto al meglio dell'avvenire; come sul tronco antico si innestano i germogli dei nuovi e più salutari frutti, e questi,

Digitized by Google

facendo propria la forza e potenza del medesimo, crescono vivamente e danno in breve tempo quei prodotti, che abbandonati alla loro forza naturale, non avrebbero potuto dare, che dopo un lungo seguito di anni; e così da una parte è serbata a nuova vita ed a più lieto onore il tronco che altrimenti sarebbe stato dannato a morire, dall'altra è dato alle nuove piante un'efficacia di vita, una potenza di produzione che non avrebbero avuto; così avviene dell'innesto dei nuovi istituti sul tronco della sapienza antica: tale è la ragione del nostro lavoro.

Tutto del resto sta nella bontà dei giudizi, che si istituiscono e sul passato e sul presente, e nel modo col quale si intravede e si vuole indovinare e preparare l'avvenire: il còmpito è difficile e sconfinato, e nessuno, per quanto dotto e profondo giureconsulto (molto meno io), potrebbe fare a fidanza per la sua esecuzione. Ad ogni modo, se io non coglierò nel vero, se i miei errori non saranno così madornali da non meritare tampoco una censura ed una confutazione, io spero, che almeno il concetto non sarà avuto in segno d'un errore o di una fola; che il libro sarà almeno profittevole in questo senso; che, contenendo non pochi errori abbastanza diffusi ed abbastanza possibili a diffondersi, darà luogo ad apposite confutazioni, e sarà indirettamente principio e mezzo della loro cessazione, sarà, facendo intravedere la loro bruttezza, iniziando la loro confutazione, principio di più ampia e splendida dottrina.

Digitized by Google

PROLEGOMENI

Il genere umano progredisce nella via della civiltà e dell'educazione in modo lento e misterioso tanto, che appena se ne accorge dopo un lungo cammino per due o tre soste, che si facciano di secolo in secolo a riguardare affaticati e stanchi, e al punto della partenza ed alle difficoltà vinte e superate; ed è veramente indispensabile condizione della debolezza della mente umana, la quale non può che lentamente intendere ed apprezzare la sublime verità de' dettati che fanno allo splendore ed alla felicità della vita, e lentamente rinunziare ai pregiudizi ed ai mali errori che prima hanno esercitato sulle sue sorti un funesto predominio; solo talvolta dopo lungo ricorrere di secoli per alcuno straordinario avvenimento, la cui ragione, se non si voglia trovare nella mano di Dio, è negli stessi errori e negli stessi vizi del genere umano, esso nel periodo di pochi anni fa assai più lunga via nel sentiero della civiltà che, non ebbe a far prima nel decorso di uno o più secoli; ma nella foga del progresso, nel profondo dispregio della civiltà passata, da cui si parte, allo splendore delle nuove dottrine, accumola gravi e fatali errori, e quelli, a non lungo andare, importano poi, che egli debba retrocedere e rinunziarvi per riconfortarsi a vecchie dottrine, innestare i dettati del nuovo giure politico su quelli dell'antico, innestare sui dettati del perfezionamento sociale i dettati eterni, che fanno alla moralità ed al perfezionamento degli individui, sempre uguali, sempre indeclinati in tutti i tempi, e indeclinabili sempre; e così, contemprato e ricorretto, rifare dopo

un altro non lungo periodo la via già fatta, allorchè dissipati gli errori stessi, i nuovi dettati ordinati e posti in armonia cogli antichi si siano resi parte del suo intelletto e della sua vita. Tanto è vero (ciò che abbiamo già annunziato) che esso non può che lentamente rinunziare agli errori più o meno gravi, succhiati colle prime aure della vita. Ed è in ispecie a questa verità, alla quale fa mirabile riscontro una delle più robuste e profonde *dignità* del Vico nella sua scienza nuova, cioè, che, *cangiandosi gli uomini ritengono per qualche tempo l'impressione del loro vezzo primiero;* che si devono informare i moderatori dei popoli nelle loro leggi, e gli educatori del genere umano nei loro insegnamenti, o svolti nei profondi teoremi della filosofia politica e morale, o negli angusti dettati delle scienze, o nell'arte sublime della poesia e della storia; perchè tutti i dettati e astratti e concreti della ragione e della scienza sono congiunti in modo tra loro inscindibile, sono, diremo anzi, una cosa sola in diverse parti ordinata e disposta; e se la civiltà di un secolo non è congiunta, anzi diremo, basata sulla civiltà passata, non si può creare la civiltà avvenire; la mancanza di nesso tra il presente ed il passato lascia naturalmente germinare sulla via della civiltà infiniti errori, che molte volte si scontano con infinito sangue ed infinito pianto; ed è fatale e lacrimabile a dirsi, che gli uomini quasi mai si avveggano di cotesto mal seme e dell'amarezza dei suoi frutti, e quasi, per troppo affetto ai loro istituti, scambino gli errori stessi coi soavi e salutiferi frutti della civiltà viva e duratura, e fatti superbi ed aspri guerrieri in nome della medesima, riescano ministri d'ingiustizia e cagione fatale di altri mali ed altri errori; onde è verissimo sotto questo aspetto, che come gl'individui, così i popoli nei diversi periodi della loro vita da secolo a secolo non conoscono se stessi e il grado di civiltà, nel quale vivono, come non conoscono il male che fanno o potrebbero evitare, il bene, che potrebbero fare e non fanno; e come troppo ossequenti alla naturale boria umana, si vantino possessori di una civiltà che non hanno, e che appena potrà appartenere a loro nipoti, allorchè, naturalmente cessata la dura ragione dei partiti e dei mali affetti che li domina, non resterà che il bene al conseguimento e possesso del quale essi tanto affaticarono.

E se noi vogliamo un istante solo entrare più addentro nelle viscere di cotesta grande osservazione, avremo di che restarne

Digitized by Google

convinti. Da una parte, non accettando a base della sapienza e civiltà avvenire la sapienza e civiltà passata, e ci prepareremmo la via a cadere negli errori, nei quali sono stati travagliati i popoli antichi (giacchè lo spirito umano è sempre uguale a se stesso, e non tenendosi forte sulle conquiste fatte, a breve andare se le sente sfuggire di mano) e ci priveremmo del massimo degli argomenti necessari a corroborare e sostenere il nostro intelletto, dacchè non conoscendo l'altezza della civiltà passata, mancheremo del mezzo indispensabile del confronto, e adagiandoci nell'orgoglio della nostra civiltà, non comprenderemo tampoco come e quanto il progresso umano sia indefinito e saremo morti prima di essere cadaveri; dall'altra i due grandi partiti continuamente in lotta tra loro per tutto il grande corso dei secoli; vogliamo dire, coloro che sono troppo ardenti ed ostinati della sapienza antica per rispettare le idee dei tempi nuovi e credere il bene che in essi rifulge; e coloro che sono tanto vaghi della nuova, da credere tutta l'antica, fiaba e pregiudizi; invece di contemperarsi ed intendersi fra loro, e dopo una lunga lotta piena di ire e di dispregi, acconsentire tutti in determinati concetti ed opinioni, che non sono nè la pienezza della idea dell'uno, nè la pienezza dell'idea dell'altro, ma sì la verità stessa desunta dal contesto e dalla naturale armonia delle idee nuove colle antiche (la quale si diffonde, vivifica la mente e i cuori, riesce parte della vita morale dei popoli), finirebbero per conculcarsi l'un l'altro, secondo che fossero vinti o vincitori; e il genere umano sarebbe dopo lungo lavoro a rifare la sua strada, non altrimenti di quel che si faccia colui che erra in un determinato suo lavoro e più volte lo guasta e da capo lo incomincia.

È quindi necessario che i moderni a voler essere sapienti non ostante l'altezza dell'attuale incivilimento, s'informino alla sapienza antica assai più accuratamente di quel che si facciano; e sebbene non si possa negare, per chi ben esamina la ragione e la estensione degli studi attuali, che le opere dei migliori ingegni in fatto si fondano, secondo cotesta nostra osservazione, sulla sapienza antica, la quale generalmente costituisce la parte certa o quella che i prammatici chiamano *pacifica* delle scienze, discutano con larga vena di erudizione e con molta copia di osservazioni le dottrine che corrispondono meglio ai bisogni ed alle esigenze, come ai pregiudizi del presente stadio della civiltà, e con profonda lena dedotta da questi

studii della sapienza antica a tratti, alzino uno dei lembi che copre l'avvenire, e l'indovinino e lo preparino; pure cotesta verità da noi annunziata non è così apertamente intesa, non è così di continuo viva e presente alla mente dei popoli, come si vorrebbe, perchè i popoli non si permettessero la credenza d'essere grandi e civili più di quello che siano, perchè non debba essere richiamata alla ponderazione costante ed attiva degli studiosi; e la cosa tanto più merita d'essere evocata ad esame, perchè scrittori di minor conto e che pure non sono pochi e spesso riputati molto al di sopra del loro valore, o sia per errore vero del loro spirito che così li faccia opinare, o sia per arte di piacere altrui, ed acquistar nome, ed incarnare, come sogliono dire con frase ridevolmente superba nella loro individualità, la grandezza del secolo, amano vantare, al di là di quanto si possa e si debba, lo splendore e la civiltà dei tempi, accusare troppo leggermente i tempi passati di oscurità ed ignoranza, quasichè la luce del vero per loro mai avesse brillato, e ribadiscono così l'errore comune di guardare troppo al presente, dimenticando il passato, e di conseguenza di accettare praticamente i dettati della civiltà nostra, senza vederne la ragione nella sapienza passata, senza studiarla in essa; d'onde la facilità di corruzione e di decadimento nel giudicare della estensione delle dottrine, della utilità e della importanza delle azioni e delle cose.

Coteste osservazioni generali (e che potrebbero giustamente con molto corredo di dottrina e con molti utilissimi precetti essere a lungo svolte e dimostrate), mi sono state suggerite in una lunga e costante meditazione sul carattere e sulla importanza degli studii legali dei nostri tempi: mi è sembrato, potrei dire (se non si credesse un vano orgoglio) fino dai miei anni giovanili, nei primi passi stampati nell'arduo sentiero della scienza delle leggi, che ai tempi nostri si fosse venuti in troppo dispregio, o se pure si voglia, in assai minore venerazione di quel che si dovesse della sapienza antica, e parendomi fin d'allora per una di quelle intuizioni che male si saprebbero definire, appunto perchè ricorrono in cerca di una verità che non conoscono, ed operano meglio che altro, per istinto di fantasia, che la sapienza antica non potesse essere affatto inutile per noi, per quanto grandi ed immensurabili fossero i mutamenti nei costumi, nelle tendenze, nelle scienze fisiche, negli istituti sociali e politici e nelle leggi; e meditando poscia a lungo su

questo concetto, sulla estensione assunta dalle legislazioni attuali, sul carattere ed estensione della giurisprudenza che sorge sulle loro orme, ebbi a venire appunto nella sentenza, che in ogni sorta di umani istituti e discipline, non si possa creare un avvenire fecondo di più sicuri effetti che, basandosi sulla sapienza antica. Formulando un principio generale sorto dagli speciali della scienza delle leggi, ebbi anche a vedere, che la disdetta della sapienza antica, il difetto del nesso tra il passato ed il presente si verificava a' nostri tempi, meglio che altrove, appunto nella scienza delle leggi, e si doveva verificare naturalmente a preferenza che negl'altri istituti e nelle altre scienze e per il fatto delle nuove legislazioni e per la fatica dello interpretarle che occupava le menti, e per la vastità della dottrina antica svolta per intero a benefizio di leggi e d'istituti diversi, e per la suprema difficoltà di sceverare i dettati veri di ragione eterna, come i principii sociali ed il concetto della legge e della giurisprudenza, dai dettati di natura speciale dedotti da leggi o prammatiche cessate, ed aliene troppo nella loro natura dagli istituti nostri, per poter assumere l'indole e carattere di scienza. Perciò fino da quel momento che ebbi a persuadermi di cotesto grave fatto della troppo facile dimenticanza della sapienza passata nello studio della scienza delle leggi, pensai ancora che sarebbe stato per eccellenza utile e proficuo un libro che, mettendo in chiaro queste verità si facesse, diremo così, ad evocare la sapienza passata, e porla in confronto colla presente, ad innestarla sui dettati delle leggi attuali, e mostrare come queste senza il soccorso di quella non si possono nè bene intendere nè bene applicare; e poichè, studiando la indole ed i caratteri delle leggi e degli istituti attuali, mentre mi parvero corrispondere alla civiltà nostra, mi parve ancora che fossero lungi assai dal raggiungere quell'alto grado di perfezionamento che si deve desiderare, e che i tempi futuri conseguiranno certamente, chiamando a loro volta i tempi nostri poveri ed oscuri; pensai che fosse anche opportuno, mentre si tentava di porre in evidenza la passata sapienza, rendere palese a un tempo alcuni errori delle presenti istituzioni, e per mostrare come non si debba essere gran fatto orgogliosi tanto da non conoscere le imperfezioni nelle quali in molte parti si versa, e per esplicar meglio l'importanza della sapienza antica; da che da

Digitized by Google

una parte i dettati della medesima si conformino così alla presente civiltà come a qualunque più eletta e splendida si possa immaginare per l'avvenire, dall'altra si renda facile vedere che, siccome la scienza avvenire avrà a suo più vicino punto di partenza la sapienza nostra (del che nessuno vorrà dubitare), e così per il ricorso d'uno stesso principio si chiarisca meglio che altrettanto deve accadere di presente per noi verso gli antichi, a volere essere certi di non cadere in gravi e profondi errori.

Ebbe da questi pensamenti origine il libro, al quale do mano, e che ho creduto denominare *Del rinnovamento dei buoni studi giuridici in Italia:* poichè mio intendimento si è quello appunto di mostrare l'errata e falsa ragione degli studi legali dei nostri tempi, di chiarire l'ampiezza della passata sapienza e riavviare gli animi a più profondi e maturi studi, facilitandone per di più il metodo; e poichè dopo animosi e caldi propositi seguìti da disperati timori, dopo lunghe meditazioni, dalle quali l'anima si ritraeva stanca ed afflitta, colla coscienza di non aver progredito di un passo solo nella faticosa tela a sè imposta, per riprendere poi l'opera sua con una pertinacia infaticabile e superiore alle proprie forze; sono pure riuscito a persuadermi che le poche mie idee ed il risultato delle poche, ma coscienziose osservazioni da me fatte, potrebbero essere profittevoli altresì in qualsivoglia minima parte; il Cielo dia tanta lena alla povera ala del mio ingegno, ch'io possa adempiere, almeno in parte, il cómpito che mi sono proposto, ed esporre in modo esatto e concreto non poche idee su quelle dottrine, che dopo aver fluttuato lungamente nel mio pensiero in modo del tutto indeterminato, a poco a poco si riordinarono, presero corpo e misura, ed ora vi sono così nette e spiccate, che non potrà essere che, o difetto intimo delle medesime, o ignoranza mia nella redazione del libro, se non potrò in modo egualmente netto e chiaro esporle altrui.

Del resto per quello ch'io mi creda, chiunque sia avvezzo alla severità degli studi scientifici ed alle difficoltà che s'incontrano vivissime nelle indagini del carattere, del senno e degli errori, delle virtù e dei difetti dei diversi secoli, e più del secolo nel quale si vive, mi saprà far ragione delle peritanze, nelle quali mi sono travagliato; ed ora prima di dar mano all'opera, io credo opportuno esporre in breve e la ragione dell'opera e il complesso delle

idee che mi sono state base alla medesima, tanto nel delineare e definire la sapienza antica, a cui si deve far capo, quanto nel proporre quei miglioramenti che mi sono paruti ragionevoli nella legislazione attuale, e mostrare così in antecedenza e come prodromo del mio lavoro, come sia vero da una parte, che meglio che in ogni altra scienza, si verifica in quella delle leggi la disconoscenza e l'abbandono della scienza antica; dall'altra che per la natura speciale dei progressi dei nostri tempi e per l'opera suprema delle codicifazioni in essa introdotte, tale difetto non poteva non verificarsi in più vasta proporzione in essi che nei precedenti; e se la storia sarà nostra guida in questo breve prodromo, per ciò che riguarda il passato, non c'inganniamo di gran lunga, lo sarà anche per l'avvenire, in quanto il medesimo ha fondamento sul carattere dei tempi più prossimi che lo precedono.

Poste le quali massime, è chiaro che anche in questo prodromo noi dobbiamo portare le nostre generali considerazioni sul passato, sul presente e sull'avvenire, e prepararci così la via allo svolgimento della grave e lunga materia che imprendiamo a trattare.

È quindi manifesto. che il presente nostro lavoro si basa come sopra fondamenti certi ed incrollabili su due grandi fatti: l'uno della sapienza vera, antica, racchiusa nei volumi del giure romano e comune, comprensivo in sè anche il cosidetto giure forense, che non è, nella sua parte scientifica, che una emanazione dello stesso giure comune, combinato, nella sua esistenza pratica, colle deduzioni indeclinabili del giure statutorio; l'altro degli errori e dei difetti delle moderne legislazioni e della giurisprudenza sorta sulle orme loro, l'esistenza dei quali è provata e coi riscontri di molti dettati della scienza antica posti in dimenticanza, o volontariamente esclusi o ripudiati, e colle osservazioni pratiche sulle assurdità e sui funesti effetti che ne derivano.

Molto lunghe ed importanti osservazioni e discussioni dobbiamo fare in codesti prolegomeni sulla esistenza ed importanza di questi fatti, e ci sarà d'uopo per la più estesa e sicura esposizione dei medesimi, esaminarli e nella loro entità fisica, diremo così, e nella loro attuazione pratica, scinderne gli elementi che li costituiscono, ed esaminarli parzialmente, onde poi, cognita appieno la vera natura e qualità delle parti elementari che li costituiscono, prepa-

Digitized by Google

rarci la via a riassumerne le conclusioni e disporci con sicurezza alla trattazione della materia che ci siamo proposti di trattare.

Quanto alla prima nove grandi materie dobbiamo esaminare in questi prolegomeni.

La prima, se vera ed invariabile sapienza adatta a tutti i tempi, a tutte le convenzioni ed affari umani si rinvenga nei volumi del giure romano e comune.

La seconda, se era necessario provvedere ai bisogni sociali colla attuazione dei Codici, o se era più opportuno, tranne poche leggi modificative del diritto pubblico e privato conforme alla nuova civiltà dei tempi e l'abrogazione dei vieti istituti, tenersi alla giurisprudenza antica per tutto ciò almeno che si riferisce alle vaste e pacifiche dottrine del giure privato.

La terza, se lo studio della medesima importi tale difficoltà che realmente giustifichi l'avversione da essa ingenerata negli animi e conseguentemente la dissuetudine e l'abbandono in cui è lasciata.

La quarta, quale sia la vera qualità e natura delle nuove codicifazioni, e qual giudizio se ne debba fare.

La quinta, se la giurisprudenza antica si possa dire così in massima parte raccolta e trasfusa nei Codici moderni (comecchè siano la chiara e netta deduzione della sapienza stessa), che sia inutile aver ricorso alla medesima per ben addentrarsi nello spirito e nella profondità degli intendimenti legislativi, e dare ai dettati della nuova legge quell'estensione che deve avere per tenerne le veci.

La sesta, del vero merito dei libri antichi per ciò che riguarda il progresso della scienza, e del difetto, apposto agli scrittori, di ripetersi continuamente l'un l'altro.

La settima, se, classando in un ordine ragionale e critico gli scritti antichi, si possa far chiaro quali siano le parti degli antichi libri che, riferendosi a leggi, prammatiche, statuti e costumi diversi, non possono più immedesimarsi col giure moderno, nè avere alcuna importanza per la esplicazione od applicazione delle nostre leggi e conseguentemente a ciò, raffermare il giudizio sugli scritti, che contengono le pure e gravi dottrine del giure, perchè la mente, specialmente dei giovani, abbia una direzione ed un metodo di studiare, atti a far sì, che con minore difficoltà si possano impadronire dei dettati dell'antica dottrina, e comprenderne l'estensione e la grandezza.

Digitized by Google

L'ottava, sulla vera natura e qualità degli aforismi legali che sono, ora il riassunto della dottrina antica, ora la base sulla quale si edificarono antiche teorie, onde distinguere quelle che sono proprie di una sapienza eterna, da quelle che sono proprie o di errori invalsi nelle leggi e nei costumi, o di contingenze racchiuse nella cerchia del passato, e che non si possono più avere per buone ed efficaci ai tempi nostri; e ricostituendo così i principii generali del giure nei rapporti colla sapienza antica, mettersi in grado di fissarne nei rapporti cogli studi e le leggi attuali, e la naturale estensione, e le giuste eccezioni, e i necessari limiti.

La nona, qual sia il metodo, che in ogni questione pratica si deve tenere per riescire allo scopo di svolgere, intendere ed applicare la sapienza passata ai dettati della legge presente.

Nella seconda — ci dobbiamo occupare:

1° Dei motivi che diedero luogo alla nuova codicifazione in Europa;

2° Dei motivi in forza dei quali, all'apparire dei medesimi, si abbandonarono gli antichi studi;

3° Degli errori trasfusi nelle nuove legislazioni sì di massima che di rito, e per fallaci opinioni seguite nel loro impasto, e per la moltiplicità dei Codici stessi, in quanto si verifica questo singolare fenomeno, che in materie, se non in tutto identiche, in gran parte per eccellenza analoghe, si rinvengono talvolta tra le disposizioni dell'uno e quelle dell'altro, dissonanze non poche e non lievi, difficilmente conciliabili, e nei rapporti tra loro e nei rapporti coi principii generali di diritto, dai quali almeno indirettamente emanano;

4° Dei non pochi errori d'una giurisprudenza sorta in base alle nuove legislazioni, per ciò in ispecie che riguarda la troppo ristretta interpretazione delle parole, conseguenza in parte dei difetti di redazione delle leggi stesse, in parte della mancanza dei dettati dell'antica sapienza, o per lo meno dell'opinione a torto ingenerata in alcuno, che i medesimi non si possano applicare nell'interpretazione della nuova legge;

5° Del merito e dell'importanza di certi libri di giurisprudenza moderna, e dell'opinione, che nelle parti, nelle quali sono reputati più profondi e adatti a far prova della giustizia di una determinata dottrina, si possano il più delle volte dire una ripro-

Digitized by Google

duzione della giurisprudenza antica, donde la conseguenza che un vero ineluttabile, corrispondente a tutti i bisogni, in tutti i tempi ed a tutte le leggi, in quelli risplenda;

6° Del metodo, col quale in base alle idee svolte nei presenti prolegomeni, noi crediamo che si possa dar mano colla maggiore chiarezza e brevità alla redazione del lavoro che, informando l'intera legislazione, e riducendola ai principii della scienza, valga ad ottenere gli effetti che ci siamo proposti;

7° Di alcune osservazioni generali sul merito della legge e degli scritti italiani nei rapporti specialmente colle leggi o colle opere della giurisprudenza francese;

8° Di un modulo pratico del come si dovrebbe, secondo noi, dar mano alla trattazione dei lavori accennati nel capo quinto, eseguito sul titolo preliminare *delle leggi*, quale si trova e nei Codici civili e nei Codici penali.

Dalla semplice esposizione di così fatti quesiti, che noi ci proponiamo di risolvere in questi prolegomeni, appare chiaro in primo luogo, che tutta la materia generale, diremo così, del nostro lavoro, si racchiude sui medesimi, sicchè non restano più che speciali tentativi per riescire pure a mettere in effetto praticamente il concetto nostro della ricongiunzione della sapienza passata colle vigenti legislazioni; in secondo luogo, che questi prolegomeni possono costituire un libro a sè, il quale, considerato nello insieme delle osservazioni filosofiche, delle sue dottrine giuridiche e de' suoi dettati pratici, può servire alla risoluzione di molte e gravi questioni, alla costituzione di molte dottrine atte per eccellenza al perfezionamento della vigente legislazione; in terzo luogo infine, che sebbene tutta la parte razionale del lavoro sia compresa in questi prolegomeni, pure non potrà non essere esattamente lumeggiata, che dagli studi speciali e dalle dottrine che saremmo per esporre ed isvolgere nelle altre parti del nostro lavoro; giacchè la vera ragione di una dottrina, specialmente se non sia ammessa, o paia antiquata, o precoce, o impossibile, o comunque contraddittoria a massime e principii che si ritengono infallibili, non può essere saggiamente valutata e pienamente compresa, che, quando tutti i suoi argomenti, tutti i mezzi atti a farla trionfare siano svolti ed esplicati.

Poste le quali osservazioni, della cui verità tutti per certo sono

Digitized by Google

capaci, noi prima di mettere mano alla trattazione di queste diverse parti, abbiamo bisogno d'indagare quale sia il fondamento e l'origine della legge; giacchè prima di trovarla e dichiararla sacra ed inviolabile, è anche duopo determinare donde si deducano gli estremi che le danno tali qualifiche.

L'uomo considerato individualmente e nella sua aggregazione sociale, può essere egli il vero autore ed il vero fonte della legge, o vi ha indispensabilmente un Ente superiore all'uomo, da cui si deriva la base e l'entità della legge medesima? La legge dev'essere il risultato delle osservazioni pratiche dei legislatori nei rapporti colle condizioni speciali dei popoli, ai quali è data secondo il rispettivo modo di vedere; o al contrario non deve essere altrimenti che il risultato dei dettati generali di una ragione e di una giustizia, che ha la sua origine nella Divinità, che è esplicata nelle grandi teorie dell'etica generale, la prima, ultima ed unica rivelatrice del concetto della Divinità creatrice dell'uomo e delle cose?

Queste questioni, a dir vero, si possono ormai dire risolute nelle grandi teorie delle scuole filosofiche; ma non è men vero che la loro soluzione non è sempre tanto intesa ed apprezzata, che l'errore non v'entri di mezzo ed in parte la corrompa; ma non è men vero che anche gli uomini, che in essa convengono astrattamente, possono praticamente dimenticarla; ma non è men vero che in fatto qualche fiata la dimenticano, essendo dottrina di sì profonda e sottile natura, che gli uomini credono possederla anche quando di fatto non la posseggono, sicchè hanno bisogno di un costante studio, perchè la viva e potente ragione degli interessi e degli affetti umani non v'entri di mezzo a scemarne l'importanza a torcerne al falso la ragione e lo scopo; ma non è men vero infine, che un lavoro della qualità del presente non può (senza che riesca monco e difettoso) essere trattato indipendentemente dal ricorso ai dettati dell'etica generale, al cui arbitrato noi dobbiamo sottoporre molte questioni, subordinare tutte le risoluzioni che saremmo per adottare in ordine alle questioni stesse.

Noi pertanto diciamo brevemente:

1° Come veramente non sapremo trovare concetto di diritto e di dovere, di giustizia o d'ingiustizia pubblica o privata, e conseguentemente possibilità e ragione di legge alcuna, se non facendo ricorso al concetto della creazione ed all'opera del Creatore, e nei

rapporti agli uomini considerati individualmente in loro stessi, e nei loro rapporti da uomo a uomo, e nei loro rapporti coll'aggregazione sociale, come pure nei rapporti tra nazione e nazione, aggregazione ed aggregazione sociale di qualsiasi natura, ripugnando che gli uomini possano essere autori della medesima, sebbene ne possono essere ministri. Perciò, con tutto lo splendore della sua gran mente, il Vico, a principio di tutta la sua storia intellettuale del genere umano, metteva la metafisica per indicare che non poteva avervi scienza esatta senza l'ammissione del fatto della creazione, e che l'uomo poteva bensì apprendere, ma non creare i veri, i quali erano essenzialmente da lui indipendenti, e non sarebbero stati tali, se avessero avuto principio e fine nell'uomo, e questi se li fosse a suo senno plasmati e rifatti.

2° Che il diritto e la ragione, egualmente che la legge, non sono che una rappresentazione ed un esplicamento più o meno esteso dei principi dell'etica generale, che deriva i suoi aforismi dalla metafisica, e li attua splendidamente nella vita pratica e sociale, assumendo quasi carattere e forma di una scienza a parte, e quasi dalla metafisica indipendente! E di qui appare la ragione dei molti e profondi studi che si sono fatti in proposito per lo passato sotto nome *di etica e di diritto naturale* e si fanno di presente sotto nome di *filosofia di diritto.* Gli uomini dotti videro mai sempre la necessità di trovare nella legge una ragione più alta di di quel che sia il fatto e la volontà umana, ed avendo sempre di secolo in secolo trovato che le formole antiche non corrispondevano esattamente ai loro bisogni, o che nuovi errori s'infiltravano nella serie delle idee umane, con nuove formole, con più sottili ed efficaci argomenti si adoperarono egregiamente a richiamare l'attenzione degli uomini a quei supremi ed indeffettibili principii della ragione suprema dell'universale diritto, senza la quale non si potrebbe mai avere il concetto della verità, della giustizia, e della indeffettibile sanzione delle leggi umane (1).

(1) Se la qualità del lavoro lo consentisse, io mi permetterei fare in proposito alcune osservazioni, che a me paiono feconde d'altissime conseguenze, sulla natura ed estensione di codesti studii: per ora mi limiterò a dire, che, a me sembra si sia errato nelle nomenclature antiche, si erri nelle moderne, e questo errore abbia dato e dia luogo ad alcune imperfezioni nella trattazione di questa così grande e suprema parte degli studii umani. Non potendo far altro mi permetterò

Che se del resto non siamo venuti parlando specialmente dell'etica, lo abbiamo fatto, e perchè non si poteva (per quello che ab-

accennare soltanto, che fra tutti i titoli che corrispondono meglio alla materia mi sembra quello *di etica generale*, in quanto significa appunto universabilità dei dettati o dei principi morali che regolano il genere umano, e che essenzialmente sono la base e il fondamento delle universali discipline umane; che trovo poco ragionevole la denominazione di *diritto naturale*; o perchè questo diritto, considerato in se stesso, nella ristrettissima sfera a lui assegnata non implica esattamente il concetto del datore del diritto stesso, locchè al contrario si presuppone o stabilisce nel concetto dell'*Etica*; e perchè molto fiate da non pochi filosofi si è ristretto nella cerchia di ipotesi impossibili e troppo ristretto anche nell'ordine naturale da essi presupposto o vagheggiato, per poter assumere alcuna alta importanza, vogliam dire alle poche nozioni dei diritti e dei doveri che possono essere consentiti ed imposti all'uomo nella condizione di uno stato estra sociale; e infatti, quando pure sotto questo secondo aspetto si ammetta, come si ammette dalla universalità dei dottori, che la tessera di cotesti diritti e doveri segua l'uomo anche nello stato di società, e si svolga in mezzo alle mille combinazioni sociali ed ai dettati del giure positivo; è chiaro non pertanto che il concetto è monco, dacchè l'uomo è nato sociale, o il diritto positivo non è che una parte dello stesso diritto naturale: appare da ciò la necessità di escludere una denominazione, che corrisponde ad una ipotesi erronea, o che trova il fondamento del diritto universale nel concetto dell'individualità e della soggettività umana, locchè certamente è assurdo; molto meno poi ammettiamo la denominazione moderna di *filosofia del diritto*, perchè, se questa parola si può addottare nell'ordinamento dell'insegnamento scolastico, in quanto si vool elevare la mente degli studenti ai concetti generatori del diritto positivo, che loro si vuol insegnare, ed uscire di conseguenza alla dimostrazione della sua grandezza anche nelle parti dove meno ad occhio nudo se ne rileva l'importanza; è vero altrettanto, che nell'ordine logico e scientifico queste parole *filosofia del diritto*, in quanto non significano che lo studio *della ragione del diritto*, essenzialmente si estendono a tutte le parti anche del giure positivo (che ha sempre una ragione intima, dedotta dalle condizioni speciali della civiltà del popolo, a cui è imposto), sono inesatto e troppo più estese di quel che si dovrebbe, se in fatto si vogliano limitate al solo complesso dei principii generalissimi dai quali si deduce la genesi del diritto umano e la ragione della di lui esistenza; d'altra parte essendo la *filosofia del diritto* essenzialmente cosa diversa dal *diritto stesso*, considerato col suo sviluppo pratico, è chiaro che il medesimo non può nella sua entità essere descritto ed indicato colle nude parole di *filosofia del diritto*. Del resto, sebbene sia parte vera di sapienza adottare una buona nomenclatura, non possiamo dissimulare, come queste nostre osservazioni, così isolate come sono, non possano assumere molta importanza di fronte al fatto, che nel comun modo d'intendere colle dette parole si intende appunto accennare agli studii, che noi vogliamo compresi, e crediamo meglio indicati, o più esattamente qualificati, col nome *di etica generale*.

Digitized by Google

biamo già detto) non avere ricorso ai principii generatori del diritto; e perchè in fatto, per quello che saremmo per dire più ampiamente in seguito, a nostro avviso la possibile perfezione della legge sta nell'attuazione e svolgimento più solenne ed esteso dei grandi principii di ragione, che i legisti chiamano di *equità:* quei principii che si deducono appunto, come da loro fonte, dall'*etica*, e vengono distinti universalmente dai dettati del giure *positivo* che, dedotto ed incarnato mai sempre in una fittizia ed imperfetta civiltà, li riproduce e sanziona in parte sì, ma integralmente mai; e perchè in fatto, anche laddove il giure positivo riproduce sì, o intende riprodurre quei grandi principii, ed attuarli a benefizio dei popoli: la parola della legge, per la strettezza inevitabile del linguaggio, non assume quasi mai quell'estensione che è indispensabile a far sì, che i principii stessi trionfino nella loro integralità e pienezza: ed è quindi necessaria l'intromissione e l'opera della giurisprudenza che, cogliendo il concetto legislativo, subordinandolo ai dettati dell'etica, e restringendolo o allargandolo al di là dello stretto significato dalla parola, fa sì che la legge non sia nè contraria, nè contraddittoria, nè diversa dai principii generali dell'etica, nè sia invece lo svolgimento e la espressione; e quindi sia, non ostante la varia, indefinita, incostante, inesatta e talvolta ingiusta disposizione del giure positivo, dato a ciascuno ciò che gli appartiene secondo la solenne ragione dell'etica generale.

Di qui ebbe origine presso tutti i popoli la distinzione tra lo *stretto diritto* e *l'equità*, e la grande e costante opera della giurisprudenza che ha sempre attenuato, levigato, diremo così, il rude ed aspro significato delle parole della legge per sostituirvi la benigna ragione dell'equità stessa: e le nazioni sono state felici, dove le leggi sono state antiche (non diciamo viete e dannose alla civiltà loro), e la giurisprudenza ha ridotto la severità della parola al concetto dell'equità. E pare bene che a questo dettato accennasse, con isplendore tutto suo, Marco Tullio nel suo trattato *delle Leggi*, laddove disse: *ut magistratibus leges, ita populo præsunt magistratus; vereque dici potest magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum;* viene per tal modo stabilito, che il magistrato deduce bensì la razionale de' suoi decreti dallo spirito intimo della legge, ma l'esplica poi ed applica secondo la dottrina dell'equità; non potendosi altrimenti intendere il senso di

Digitized by Google

quel solenne predicato di *legem loquentem*, che ad essi attribuisce questo sommo filosofo. Per tutti i moderni poi vale la suprema autorità del Vico, il quale nel suo altissimo libro della *Scienza Nuova*, raccogliendo i caratteri della giurisprudenza nei diversi stadii della civiltà percorsa dal genere umano, trova tre specie di giurisprudenza, tra le quali quella che egli chiama giurisprudenza umana (1), ossia dei tempi più civili e che, egli dice, con quel suo

(1) Crediamo opportuno riprodurre alcuni dettati del Vico i quali danno ampla ragione del nostro concetto, lo esplicano meglio di quello che potremmo far noi.

CIX. *Gli uomini di corte idee* stimano diritto quanto si è *spiegato* con le parole.

CX. È unica la *definizione* ch'Ulpiano assegna dell'*equità civile*, ch'ella è *probabilis quædam ratio non omnibus hominibus naturaliter cognita* (come è l'equità naturale) *sed paucis tantum quæ prudentiæ uso doctrina prædicti deducerunt, quæ ad societatis humanæ conservationem sunt necessaria*, la quale in bell'italiano si chiama *ragion di stato*.

CXI. Il certo delle Leggi è una oscurezza *della ragione* unicamente sostenuta dall'Autorità, che le ci *fa sperimentare dure* nel praticarle; e siamo necessitati praticarle, per *lo dir lor certo*, che in buon latino significa particolarizzato, o come le scuole dicono, *individuato*, nel qual senso *certum et commune* con troppa latina eleganza sono *opposti* tra loro.

Questa degnità con le due seguenti *definizioni*, costituiscono il *principio* della *ragione stretta*; della quale è regola l'*equità* civile, al cui *certo*, o sia alla determinata particolarità delle cui parole i barbari d'*idee particolari naturalmente s'acquetano*, e tale stimano il diritto che lor si debba, onde ciò, che in tali casi *Ulpiano* dice *lex dura est, sed scripta est*, la discute con più bellezza latina e con maggior eleganza legale; *lex dura est, sed certa est*.

CXII. Gli uomini *intelligenti* stimano *diritto* tutto ciò che detta essa *uguale utilità delle cause*.

CXIII. Il *vero delle leggi* è un *certo lume* e *splendore*, di che ne illumina la *ragione naturale*; onde spesso i *giureconsulti* usan dire *verum est, per æquum est*. Questa definizione, come la CXI, sono *proposizioni particolari* per far le pruove sulla particolare memoria del *diritto naturale delle genti*, uscite dalle *due generali* IX e X, che trattano del *vero* e del *certo*, generalmente per far le conclusioni in tutte le materie che qui si trattano.

CXIV. L'*equità naturale* della *ragione umana tutta spiegata* è una *pratica della sapienza nelle facende dell'utilità*, perchè *sapienza* nell'ampiezza sua altro non è che *scienza* di far uso delle cose quale *esse hanno in natura*.

Questa degnità, con l'altre due seguenti *definizioni*; costituiscono il *principio della ragione benigna*, regolata dall'*equità naturale*; la quale è *connaturale alle*

Digitized by Google

alto ed unico linguaggio *guarda la verità dei fatti e spiega benignamente la ragione delle leggi a tutto ciò che richiede l'equità delle cause* (*Scienza nuova*, libro 4°, *del corso che fanno le nazioni — tre specie di giurisprudenza*). Però, stabilito come principio elementare e costitutivo, diremo così, del nostro lavoro, che la legge si deve risolvere nella ragione, e la ragione non può essere altrimenti che il risultato di una costante ed illuminata giurisprudenza, noi più facilmente e sicuramente potremmo trattare le materie, delle quali abbiamo fatto cenno, dacchè, avendo una dottrina certa ed inconcussa, alla quale far capo, non può riescir dubbio che noi non siamo in grado di giustificare col ricorso ai principii fondamentali della giurisprudenza i nostri dettati. E veramente, se gli uomini sono uguali a se stessi in tutti i tempi, e nelle loro virtù e nei loro vizi, e perfino nei modi coi quali coloriscono i loro sentimenti nei differenti cieli di civiltà, nei quali versano: se i rapporti umani, le convenzioni, i contratti, i mali, i rimedii sono il risultato delle stesse passioni, degli stessi sentimenti ed interessi, non ostante che le differenti contingenze umane vi diano una forma ed un'apparenza molte volte singolare, molte volte diversa da quella, sotto la quale si presentarono in antecedenza; è manifesto, possiamo dirlo fino da questo principio, che la sapienza antica non può non esercitare un'alta influenza, non può non essere applicabile anche ai tempi nostri, se pure non si venga nello strano

nazioni ingentilite; dalla quale *scuola pubblica* si dimostrerà essere usciti i filosofi.

Tutte queste sei *ultime proposizioni* fermano che la *Provvedenza* fu l'*ordinatrice del diritto naturale delle genti;* la qual permise che, perchè per la lunga scorsa di secoli le Nazioni avevano a vivere incapaci del *vero* e dell'*equità naturale*, le quale più rischiarono appresso i *filosofi*, essi si attenessero al *certo* ed all'*equità civile* che scrupulosamente custodisce le parole *degli ordini* e delle *leggi*, e da queste fossero portato ad *osservarle generalmente* anco nei casi che riuscissero *dure*, purchè *si serbassero le Nazioni.*

E queste istesse *sei proposizioni* sconosciute dalli *tre principii della dottrina del diritto naturale delle genti* fecero ch'*essi*, *tuttochè errassero*, di concerto nello stabilire i loro *sintomi* però han creduto che l'*equità naturale* nella sua *idea ottima* fosse stata *intesa* dalle *Nazioni gentili* fin dai loro *primi incominciamenti* senza riflettere, che vi vollero *duemila anni* perchè in alcuna fossero provenuti i *filosofi*, e senza *privilegiarvi un popolo con particolarità assistito dal vero Dio.*

concetto, o che nessun lume di vero nella costante pratica e studio del giure si rivelasse ai passati, locchè nessuno vorrà dire, o che i tempi ed i rapporti umani siano tanto mutati, che riesca impossibile applicare i dettati della vecchia dottrina ai casi nostri, locchè è egualmente assurdo.

Però noi qui annunziamo come vero inconcusso il primo quesito, pag. 17, che ci siamo proposto di trattare in questi prolegomeni; sarà ufficio nostro, entrando in campo delle discussioni, mostrare, che di presente non abbiamo per certo asserito il falso.

PARTE PRIMA

CAPO I.

Abbiamo già accennato quali sono i temi che vogliamo trattare nella medesima, faremo di ciascuno un capo speciale di trattazione.

(A) *Se vera ed invariabile sapienza adatta a tutti i tempi, a tutte le convenzioni ed affari umani si rinvenga nei volumi del giure romano e comune.*

Da tutti gli scrittori di cose filosofiche e civili dei secoli scorsi fu detto, che sebbene Roma fosse da tanto tempo disfatta e spenta, pure seguitava a reggere in parte i destini dei popoli colla sapienza politica e civile; vogliamo dire, coi grandi esempi di senno e virtù, che erano il continuo tessuto della sua vita, e colle leggi civili, che erano il risultato della più alta sapienza pratica, che si fosse mai conosciuta; e le molte e profonde opere scritte in proposito, fra le quali basterà notare, per ciò che riguarda la sapienza politica, gli studi del grande segretario fiorentino sulle deche di Tito Livio; e per ciò che riguarda le leggi, il ricorso ai Codici Giustinianei: e la giurisprudenza di tutti i secoli fino ai nostri tempi, dedotta e basata su questi Codici, sta là ad attestare questa costante e mirabile opinione di tutti i secoli passati.

Ora cotesta osservanza, cotesto continuo ricorso alla sapienza

Digitized by Google

romana è il risultato del preconcetto della mente umana sull'esistenza di una sapienza vera ed invariabile, non ostante i mutamenti delle condizioni dei popoli, e il continuo incremento della presente civiltà; o sì al contrario non è che il risultato, il seguito, la traccia della grande influenza, che i grandi poteri lasciano per lungo corso dei secoli sui popoli, che furono da essi retti e governati? Non è che il risultato della tendenza naturale dello spirito umano ad amare il proprio passato, che si verifica nelle nazioni, come negli individui, e fa sì, che, come gli individui seguono gli esempi e l'educazione della famiglia, ed hanno fede nella perfezione relativa della medesima, così le nazioni non vogliano scostarsi dagli istituti propri, in quanto li ritengono per via di tradizione migliori, e più equi di quelli degli altri popoli; non è, che l'effetto in fine, di quel vero, antico e costante giudizio sulla imperfezione delle leggi dei popoli conquistatori del medio evo, e sui difetti delle poche e monche leggi statutarie (che i diversi popoli ebbero a fare in seguito per regolare tra loro i più stretti loro rapporti, dedotti dalle condizioni speciali della loro vita politica), sicchè in fatto non istia questa grandezza e questa sapienza, ma sì non vi sia che l'apparenza, l'opinione preconcetta dagli uomini, dedotta da un'idea relativa, anzichè assoluta, la quale, se anche poteva reggere per lo passato, non può più avere importanza ai tempi nostri: in altri termini, i tempi nostri sono tanto avanti nella sapienza politica e civile da potersi reggere per senno proprio, senza ricorrere ai dettati ed agli esempi della grandezza romana; da potere ormai ripudiare, siccome inutili, gli studi e le opinioni che si ebbero per lo passato; da poter ritenere per lo meno, che la sapienza sia così fatta forte della nostra educazione, sia così fatta nostra nelle nostre leggi, da non aver noi più bisogno d'apprenderla nei difficili e non sempre intelligibili libri degli antichi?

Ciascuno vede, che di qui veramente si devono prendere le mosse per risolvere il quesito, che abbiamo proposto: dacchè, se veramente le condizioni attuali della civiltà nostra fossero al disopra del senno e della civiltà romana, non possiamo dubitare che non fosse giusto per eccellenza studiare noi stessi, anzichè ricorrere alle opinioni ed ai dettati di una sapienza tanto antica, dedotta da una civiltà tanto diversa; ora pare a noi, che per rispon-

Digitized by Google

dere adequatamente in questo proposito, si debbano distinguere essenzialmente gli istituti politici dai civili.

Quanto agli istituti ed alla sapienza politica, sebbene la storia romana sia tutta una serie di alti insegnamenti pratici, la cui ragione ricorre di presente, e ricorrerà in tutti gli avvenimenti, che in qualsivoglia tempo avranno luogo, per quanto siano per mostrarsi nuovi, impreveduti e imprevedibili; sebbene la sua storia e la sua sapienza dal lato dell'insegnamento si possa dire necessaria al governo ed alla grandezza dei popoli; pure le mutate condizioni dei popoli, e dei costumi e delle religioni tolgono la possibilità di applicare ai tempi nostri la ragione degli istituti e degli ordinamenti romani, e così la necessità per noi di ricorrere alla sapienza che sì finamente gli organò, e seppe sì fortemente e validamente conservarli; d'altra parte le mirabili invenzioni della stampa, le novità introdotte nelle armi, coi vapori, coi telegrafi, non possono lasciar dubbio che le condizioni nostre non siano di gran lunga superiori a quelli dell'umanità. Ma per ciò che riguarda la sapienza civile, pare a noi, che per felici condizioni d'ingegni e di fatti, essa abbia avuto, presso il popolo romano, il suo più alto e possibile sviluppo; che la medesima, lungi dall'essere pienamente trasfusa nelle nostre leggi e nelle nostre menti, e divenuta quasi parte della nostra vita politica e civile, non sia tampoco a sufficienza intesa; che ivi la civiltà debba aumentare, la prosperità comune estendersi, dove essa sia più a lungo meditata e più saggiamente applicata agli istituti dei tempi, dove sia presa a base nella redazione delle leggi che ad essa si vogliono sostituire; e perchè l'intima ragione dei loro dettati ce lo dimostra; e perchè, sebbene i rapporti da popolo a popolo possano variare, i rapporti da uomo a uomo nelle loro convenzioni, e nell'interpretazione delle loro convenzioni non possono variare; e perchè in fatto le moderne legislazioni sono state dedotte per intero dalle leggi romane, e si trovano più belle e meglio redatte laddove sono, piuttosto che una deduzione, una traduzione dei dettati romani; e non si può di certo credere che la sapienza moderna sia al disopra dell'antica, se si ha per eccellente ed alta prova di sapienza civile, il far proprie le leggi romane, il tradurle a dimostrazione di sapienza nelle leggi dei tempi nostri.

Basterebbero a dir vero queste sole osservazioni, e diremo anzi,

Digitized by Google

l'ultima, la quale accenna al fatto della traduzione delle leggi romane nel Codice Napoleone, che fu poi modello a tutte le altre legislazioni moderne, per stabilire a priori, diremo così, la verità del nostro asserto; dacchè, comunque sia dell'avvenire, non può non esser vero, che ai tempi nostri non si abbia argomento atto a declinare le osservazioni che siamo venuti facendo. Se non che, addentrandoci anche in codesta osservazione, e specialmente nella seconda sua parte, crediamo potere stabilire in modo incontestabile, che la sapienza civile romana vera, invariabile, ha in sè la ragione intima di tutte le leggi, e non potrà essere trascurata senza danno, non potrà essere dimenticata senza che la ragione ne soffra grave detrimento, e ne soffrano gravi perturbazioni gli ordinamenti civili dei popoli, o di quelli almeno della razza latina, che più o meno apertamente sentono ed operano come il popolo romano.

Ciò deduciamo: 1° Dall'indole delle leggi sulle convenzioni e contratti di qualunque specie; 2° Dall'intima ragione delle convenzioni posta a confronto colle leggi medesime e coi dettati romani; 3° Dalla qualità e bontà della redazione delle leggi romane, che è qualità finora insuperata, forse per sempre insuperabile, difficilmente capace di essere raggiunta, tanto alta e sublime, che dà ampia ragione essa sola della perfezione della legge e dell'altezza della mente di coloro che la redassero.

1° Dall'indole delle leggi sulle convenzioni; perchè il popolo romano per la felicità del suo spirito e delle grandezze, che seppe procurarsi, seppe così altamente intromettersi nella ragione pratica delle cose da istituire la legge in piena conformità a tutte le più minute e sottili parti, che costituivano la convenzione, vi aderivano, erano sostanza della medesima, anche quando i contraenti non se ne avvedevano; è verità di fatto, che gli uomini più sono alto locati, meno sentono l'influsso delle passioni, più misurano da lontano in un vastissimo orizzonte l'influsso delle idee e le conseguenze dei fatti; e il popolo romano regolatore delle sorti del mondo, esaminava l'uomo e in sè e nei popoli conquistati, ne faceva ragione e per sè e per questi, creava dettati di massima così alti e potenti, che nessun altro avrebbe potuto fare, e li intendeva così esattamente che poteva con tutta sicurezza redigerli in modo così ampio e sicuro, che ogni dettato compren-

Digitized by Google

desse nelle generalità delle sue parole un'ampia tessera di fatti, un ampio sviluppo di principii che si potessero applicare a tutta la infinita varietà dei casi pratici, senza che alcuna parte od alcun interesse fosse sacrificato all'altro.

2° Dall'intima ragione delle convenzioni posta a confronto colle leggi moderne e coi dettati romani; infatti, si può egli credere che i rapporti umani cangino per i mutamenti della civiltà e delle condizioni politiche di un popolo, che i contratti si possono a lor volta comporre di requisiti, essere estesi ad elementi diversi da quelli che nel giure romano parvero costituire la loro entità e natura; che nel contratto, a mo' di dire, di compra e vendita di mutuo, si abbiano principii diversi da quelli che si avevano prima, che nel loro svolgimento la civiltà faccia in essi scoprire l'intervento di nuovi elementi che non fossero scoperti prima, come avviene nelle scienze fisiche, nella chimica, nell'astronomia? E forse ci sono leggi nell'organismo della natura umana, negli elementi della sua perfettibilità, che non meditate nè prevedute prima, o si scopriranno di presente, o nell'avvenire? Noi per certo lasciamo ai sognatori coteste strane idee: per quanto la civiltà cresca, per quanto scemi l'imperfezione umana, la ragione dei contratti è sempre la stessa, l'interpretazione dei contratti è basata sulle stesse regole, sulle stesse previdenze ed imprevidenze, sugli stessi accorgimenti, e sugli stessi errori che in mille forme si scambiano ed alterano, e basta bene per dire che il diritto romano è basato su veri, sacri ed invariabili per variare di tempi e di civiltà. D'altra parte la esperienza costante del passato è una ragione d'intimo convincimento, che non può essere nè disconosciuta, nè contraddetta, che non ci lascia dubitare che la cosa non istia così come noi diciamo. Perchè per tanti secoli si è sempre avuto ricorso al diritto romano, e la mente di tanti sommi uomini si è sempre in esso riposata come nel concetto di un vero, che non possa essere disconosciuto nè contraddetto! Perchè anche di presente, non ostante la tanta confidenza nelle nostre forze, non ostante l'incuria, e direi, il disprezzo verso il passato nei casi tutti si ricorre a quella suprema autorità, se ne accettano le sentenze, si onora e stima chi, dotto nello studio dei volumi antichi, ne rivela i dettati a comprova di una verità che non può più essere richiamata in dubbio? Perchè questa dottrina è ancora il veicolo

Digitized by Google

delle intelligenze e il crogiuolo delle nuove dottrine? Qual dottrina filosofica, qual opera legislativa, qual disciplina di tempi antichi e moderni fu tanto rispettata e tenuta per vera? Nessuna per certo; ed è pur questa una prova della verità del nostro asserto! Ma perchè di presente non si studia? Oh è questa la ragione, per la quale si può credere che in essa vero indeclinabile e sicuro non brilli? Non mai: sì al contrario ciò avviene per difetto nostro: si abbandona lo studio della vecchia dottrina, perchè si crede che le legislazioni nuove abbiano dato facilità di applicar la legge ai casi pratici senza bisogno che si ricorra ulteriormente a quei volumi; ma se il vero risplendente nelle leggi è certo invariabile; se nelle leggi non si può preordinare la soluzione di tutti casi, e bisogna subordinare la ragione della legge alla ragione del fatto, non può restar dubbio sulla verità della nostra enunciativa.

3° Dalla bontà infine della redazione delle leggi romane.

Premesso che su questo singolare e supremo merito dei giureconsulti romani nessuno osa avanzare dubbio di sorta; che (lasciando a parte il merito intrinseco dei dettati) le opere dei giureconsulti romani sono in questa parte tanto eccellenti, che nessun altro scrittore in nessun altra lingua, e diremo apertamente, nessun legislatore può presumere non che di superarli, ma nè tampoco (1) di eguagliarli; noi da questa bontà traggiamo argomento a prova del nostro asserto per due motivi: 1° Perchè questa perfezione di redazione dei loro dettati è la più alta e solenne prova della loro bontà intrinseca, dacchè nessuna idea falsa può limpidamente essere dimostrata in poche parole: la sola e genuina verità in poche parole si può svolgere e dimostrare; la perfezione

(1) Si potrebbe dire che questo confronto non si può fare perchè il corpo delle leggi romane non è l'opera dei legislatori, ma sì al contrario l'opera dei giureconsulti, che spesso con teoriche generali davano risposta a quesiti speciali: ma, se questa osservazione è vera storicamente, non lo è egualmente dal lato della critica e della ragione intima della legge; poichè, lasciato a parte che i giureconsulti infatto davano responsi, che poi furono legge, sui ruderi monumentali delle leggi delle dodici Tavole, e il popolo sovrano li riconosceva, li accettava per legislatori, ci basta osservare che, e Teodosio prima e Giustiniano dopo, accettarono come testo di legge, fecero proprie come disposizioni legislative i responsi dei giureconsulti, per mostrare che il confronto da noi istituito, non solo si poteva, ma si doveva fare, poichè con esso si mette meglio in rilievo il difetto delle nuove leggi.

nella redazione poi reca con sè questi effetti, che la medesima si estende ad una infinita varietà di casi che non si possono a priori, nè intendere, nè prevedere; si possono solo iscorgere nella legge, quando ad ogni evenienza di casi se ne meditino le parole per vedere sotto qual dizione o qual concetto del legislatore siano compresi; 2° Perchè dall'esempio di codesta redazione, posta specialmente a confronto colle redazioni delle leggi moderne, si può per chi ben studia, riscontrare qnasi ad ogni passo nel giure romano una generalità di concetti, un'estensione nelle parole, che nelle nuove leggi mai si riscontra.

Questo pregio della redazione quindi è uno dei più forti e sicuri argomenti a dimostrazione della verità della nostra asserzione.

Nè al di là di questo noi aggiungeremo parola a sostegno della nostra tesi, nè crediamo lo potremmo fare; o si ha conoscenza del giure romano o non si ha; se si ha, si può dubitare che non diciamo il vero! Se non si ha, si vorrà facilmente agginstar fede alla parola nostra, all'autorità di coloro che sentono come noi? E se non si vuol credere, che possiamo noi di più! Ma si può ben dire: oh come quando vi accingete a fare teorie di quest'importanza, a voler mostrare gli errori altrui, credete di potervi sdebitare dall'nfficio vostro con poche parole! No, non lo crediamo certo: ma potremo noi fare un lavoro più lungo senza riprodnrre i testi e le pagine del giure romano; e se si desse mano alla riproduzione dei testi, alla disamina dei medesimi, potremmo noi fare opera breve conforme all'indole di questi nostri brevi prolegomeni? Forse che no. Ora una monca e breve riproduzione dei testi non servirebbe allo scopo, pel quale fosse fatta; un'estesa e lunga analisi sarebbe difforme dall'indole di questo lavoro: e' pare quindi che per natura stessa delle cose, noi siamo costretti a tenerci nell'ambito delle idee generali ora esposte. D'altra parte noi crediamo che codesto giudizio nella repubblica dei dotti sia così comune, non ostante l'incuria dei più, sia così accolto e rispettato dagli stndiosi, come patrimonio e corredo della civiltà presente, che si debba e possa premettere negli studi nostri, come un vero inconcusso senza bisogno di farne dimostrazione.

Che se così parliamo del diritto romano, potremmo dire altrettanto del diritto comune.

Certamente il vero e perfetto diritto comune non è che una ri-

produzione, un'esplicazione del diritto romano, non è che una dimostrazione acuta e luminosa di una varietà di casi pratici, sulla risoluzione dei quali le menti umane rimasero dubbie e che la giurisprudenza trovò mezzo di collocare ora sotto uno, ora sotto un altro dei grandi dettati romani, facendo quasi seguito a questi; e non si può quindi credere che non si debba ripetere per questi quanto fu già dedotto ed esplicato per l'altro. Non si vuole però tacere, che vi ha una parte corrispondente alle disposizioni delle leggi statutarie, diretta a porre in armonia codesto diritto con quello, ed anzi diremo, unicamente diretto a spiegare e commentare codeste leggi, che non può non essere meno perfetto, quasi sempre disadatto ai tempi nostri, talvolta in dissonanza colla vena larga e solenne del giure romano. Vi sono d'altra parte in esso dei dettati desunti dalle dette leggi statutarie, innestati qualche volta erroneamente nel diritto romano, erronei essi stessi e che per certo non servono più pei nostri tempi, e noi vedremo in seguito quali siano. Intanto ammettiamo per vero, che il diritto comune nelle parti, nelle quali non dominano gli anzidetti errori, non è che l'esplicazione del diritto romano, forma con lui un diritto solo ampiamente svolto e dimostrato; intanto per aprirci l'adito a trattare le altre materie, possiamo come punto certo di partenza istabilire, che un vero invariabile sta in codesto duplice diritto antico.

CAPO II.

Ciò posto venendo alla seconda parte del tema che ci siamo proposti:

B) *Se era necessario provvedere ai bisogni sociali coll'attuazione dei Codici, o se era più opportuno, tranne poche leggi modificative il diritto pubblico e privato conforme alla nuova civiltà dei tempi e l'abrogazione dei vieti istituti, tenersi alla giurisprudenza antica per tutto ciò almeno, che si riferisce alle vaste e pacifiche dottrine del giure privato.*

Pare che si osservi (non diremo in atto di trionfo per conseguita dimostrazione di errori da noi commessi nello svolgimento della

Digitized by Google

prima parte, ma sì per accennare alle difficoltà che l'una e l'altra proposizione poste fra loro a riscontro presentano), perchè adunque si sono fatti i Codici moderni? O questa codicifazione si riguarda come un benefizio, e voi ammettete che veramente ne fosse bisogno; e allora non può stare questa perfezione del giure romano e comune, propria di tutti i tempi, indeclinabile, e finora insuperata ed insuperabile, che voi venite vantando: o sì non credete che non ne fosse bisogno, e come sta poi che tutte le nazioni per mirabile consenso sono venute nel concetto del bisogno di codificare? Potete voi presumere che il giudizio vostro prevalga al giudizio, al senno e alle previdenze delle nazioni? Codesto fatto non è già per se stesso un grave indizio della falsità dei vostri concetti, delle esagerazioni, alle quali vi trae la troppa predilezione del giure antico? Chi può e vuole prestar fede alle vostre censure! Così è certamente, che questi due giudizi si prestano facilmente a contrastarsi il terreno fra loro: uno, diretto allo scopo di mostrare che la codicifazione non era necessaria, fu meglio un danno che un utile per la società: l'altro, diretto allo scopo di mostrare che, comunque sia della bontà e perfezione del diritto romano e comune, il medesimo non poteva più suffragare ai bisogni dei tempi, poteva bensì prestare molti dettati alla nuova codicifazione, ma non poteva ormai più tenere le veci di questa, la quale perciò fu l'effetto di una necessità vera, che sola potè e può soddisfare ai bisogni dei tempi. La prima è l'opera e la bandiera della cosidetta *scuola storica:* per essa la codicifazione non è che — la morte della scienza, la vita dell'ignoranza, il regno della mediocrità, l'ostracismo del genio, l'eccidio dei nazionali costumi, il ripudio delle tradizioni, l'oppressione della libertà, la cattività della giustizia, l'incarceramento dell'umanità nella via de'suoi progressi — come ne osserva il Rosmini nella sua *Introduzione alla Filosofia del diritto;* l'altra costituisce la scuola che noi diremo moderna, che si crede la parte trionfante, che opina che la giurisprudenza comune, affaticata troppo da teorie sconfinate, elastiche, troppo varie e contraddicenti, e da distinzioni non sempre razionali, non potesse omai più servire alla bisogna, e che perciò le codicifazioni siano state il più alto benefizio sociale, l'opera più grandiosa, il risultato più meraviglioso della civiltà dei tempi.

Noi a dir vero per entrare nella questione e risolverla a nostro

modo, crediamo di dover fare una dichiarazione: o considerate le codicifazioni come un'opera veramente politica, quale fu veramente; ed è un'opera sotto questo aspetto egregia e per molti motivi necessaria; o sì al contrario la considerate come un'opera puramente civile, e crediamo che no.

Sappiamo che a molti potrà parere nuovo che si consideri siccome opera politica una legislazione puramente civile e penale; ma lasciato a parte che la legislazione, ne' suoi rapporti col legislatore, è sempre mai un'opera veramente politica, in quanto è diretta a garantire gli interessi sociali; lasciato a parte che la codicifazione, estendendosi al giure civile, penale, militare e processuale, si risolve spesso nell'opera grandiosa del potere, che non solo dirige i contratti ed i rapporti dei privati, ma sì ancora i grandi concetti dell'interesse pubblico; chiunque conosca la storia di Francia non può negare, che la codicifazione non fosse essenzialmente l'opera della politica nel significato vero e proprio di questa parola.

Il Codice Napoleone trae la sua origine piuttosto che da un concetto giuridico, da un concetto meramente politico; ed errarono perciò di gran lunga tutti coloro che, guardandolo sotto il primo, anzichè sotto il secondo aspetto, diedero intendimento a chi lo propose assai diverso dal vero, e ne fecero pomposi elogi, che sotto codesto aspetto, non ostante l'eccellenza della redazione, non gli potevano essere consentiti. In Francia e prima e durante ancora i tempi della rivoluzione vigevano leggi e giurisprudenze diverse da dipartimento a dipartimento, conseguenza delle antiche divisioni del regno, le quali secondo che ne indica il Merlin nel suo *Repertorio universale*, ascendevano a 96, e prendevano colore e nome di *diritto scritto e non scritto*, ossia *costumanza*, secondo che si attenevano strettamente alle leggi statutarie, o meglio ai dettati del giure romano. A codeste leggi e costumanze si sovrapposero le leggi repubblicane, le quali non ostante assumessero veste ed apparenza di leggi speciali, pure per la loro importanza, pel loro numero, per la totalità, diremo così, delle materie giuridiche, delle quali sia direttamente, sia indirettamente si occuparono, formarono una quasi compiuta legislazione: e se durante segnatamente i primi anni della repubblica e della loro promulgazione non si pensò, e non si potè tampoco pensare alla costituzione

Digitized by Google

di una nuova legislazione, si ritenne anzi al contrario, di poter provvedere a sufficienza all'interesse dei popoli e del nuovo stato colle leggi speciali, come erasi fatto per lo passato, si vide a chiare note in seguito, come il nuovo in molte cose fosse in contraddizione coll'antico, come fosse per eccellenza difficile coordinare nuove leggi coll'infinita varietà e, con le molte dottrine dell'antico giure; si riconobbe infine da una parte, come fosse improvvido e poco consentaneo allo spirito ordinatore dei nuovi tempi, lo aver leggi comuni a tutta Francia fra le moltissime altre proprie a ciascuna provincia e varie dall'una all'altra, si vide ancora come per l'antico vezzo dei paesi di correre dietro alle speciali loro leggi fosse impossibile toglierne di mezzo e l'impero e gli errori, e si dovesse temere che l'autorità delle nuove leggi potesse essere in parte menomata: e di qui ebbe origine il concetto della nuova codicifazione, basato sostanzialmente e sulla necessità di togliere i conflitti, e sulla necessità di dare una legislazione unica alla Francia, onde cementare, colla uniformità delle leggi e degli istituti, l'unione e la potenza della nazione; e di qui ancora il giudizio nostro, che la codicifazione francese ha il suo principale fondamento in un'opinione politica.

Nè già si vorrà discredere alla osservazione nostra, argomentando dal fatto che la nazione anche prima era per istituti politici unita in saldi vincoli, non ostante la diversità degli statuti giuridici da provincia a provincia; poichè solo ai tempi della repubblica la Francia fu fatta accorta della possibilità di una divisione nella grande conflagrazione tra la Gironda e la Montagna, e poscia nei vani, ma crudeli disegni de' suoi nemici esterni, e volle quindi rendere sempre più forti ed intimi i vincoli dell'unità nazionale, escludendo qualunque diversità di istituti da provincia a provincia, e qualunque possibile addentellato di futura divisione, dando da una parte uniformità di leggi civili e criminali ed amministrative a tutta la nazione, legando in una forte e potente amministrazione tutte le provincie con quel sistema, che poscia fu detto per antonomasia con barbarica parola della *centralizzazione* amministrativa: fu pertanto dato mano e condotta a fine la nuova legislazione francese, dedotta in gran parte dai fonti del romano diritto non sempre puro e vergine qual era in se stesso, ma travestito alla francese, e rifatto, quale si trovava in opere superficiali

Digitized by Google

di scrittori francesi altamente di quei tempi accreditati come altissimi e sapientissimi giureconsulti, sebbene per avventura non fossero tali, e coll'attivazione del medesimo vennero abrogati tutti gli statuti, e le costumanze, che prima avevano retto le diverse provincie della Nazione. Sarebbe qui vano ed inutile ripetere la moltiplicità e l'esagerazione dei giudizi, che furono di quei tempi proferiti tanto a lode che a biasimo di questa grande opera: poichè noi non abbiamo assunto ufficio nè di storici, nè di critici della legislazione stessa, e le osservazioni che siamo per far noi sulle moderne codicifazioni, sono indipendenti affatto dai giudizi che ne furono e prima e dopo proferiti, sia nell'ordine meramente legislativo, sia nell'ordine meramente politico e sociale. Certamente a voler guardare la cosa con mente scevra da pregiudizi e da errori una codicifazione che sembrasse almeno in apparenza escludere la necessità del ricorso al giure romano, e raccogliere in brevi pagine tutti i dettati del giure antico, escludendo la necessità dei molteplici studi che di quei tempi erano indispensabili, togliendo di mezzo tutti i dubbi, che tenevano incerte le sorti dei cittadini, non potè non sembrare ai popoli ed ai giureconsulti superficiali un benefizio supremo. L'Europa quindi, in massima parte e a breve andare, accolse favorevolmente questa grand'opera, alla quale aggiunse lustro e splendore, il nome, la potenza, la grandezza della Nazione francese, il nome, la grandezza di Napoleone Primo che, erede dei giovani concepimenti della repubblica francese, potè in se stesso incarnarli, e colla potenza della sua mente e coll'efficacia della sua volontà tradurli in atto; indi come una prova del progresso della civiltà e delle migliorate condizioni dei popoli, si addita la nuova codicifazione, che ebbe luogo presso tutti i popoli e presso tutti i governi, nei quali non poche nazioni erano divise, e che furono pur tutte una indispensabile copia (salvi pochi mutamenti e ad eccezione del solo Codice austriaco) della legislazione francese; se però, come avviene quasi sempre, nei primi tempi e nei primi giudizi sopra una delle opere più grandiose della civiltà dei popoli, i giudizi furono pressochè tutti favorevoli alla codificazione, non mancarono uomini, i quali sin da quel tempo intravidero, che molti si movevano a lodare, piuttostochè per maturo esame e fondata conoscenza degli utili che se ne sarebbero potuto trarre, per un esagerato concetto degli utili stessi, fra i quali, se in apparenza

si poneva avanti siccome il più importante quello della cessazione di molte incertezze e contestazioni forensi, in fatto si accennava al maggior comodo, ed alla preconcetta speranza di aver assai meno che prima, bisogno di studi e di fatiche per assumere con onorata coscienza e giusta confidenza nelle proprie forze il difficile cômpito di giudice od avvocato; e questi giudizi di pochi, ma forti ingegni, ebbero ad assumere una proporzione sempre più vasta, per modo che ebbe in Germania a crearsi una Scuola detta Storica già da noi indicata, celebre per la schiera degli eletti ingegni che ad essa appartennero; fu in base a questi giudizi ed a coteste lotte di giureconsulti, che si smarrì il vero e genuino concetto sulla vera qualità e natura della codicifazione francese, che si sostituì il concetto proprio, tutto civile, tutto parziale, al grande concetto politico generatore della nuova legislazione, e si venne di conseguenza a non pochi errori nel valutarne la natura e determinarne gli effetti: ma la storia è ancora recente e viva e presente, ed attesta ampiamente la verità di queste osservazioni e la giustezza del nostro giudizio.

Però quanto alla parte civile cra del pari necessario fare un nuovo Codice dopo i grandi mutamenti portati dalla rivoluzione, per ciò che riguarda i diritti di cittadinanza, lo stato civile, i feudi, matrimoni, fedecommessi, prescrizione, primogeniture, decime, beni ecclesiastici; e non si può dubitare, che per la loro estensione ed importanza medesima non costituissero già per se stessi la suprema parte di una codicifazione indispensabile, e non si può anco dubitare che per tali obbietti una nuova codificazione non fosse necessaria; ma non era necessario certamente per ciò che riguarda le altre parti del giure, vogliam dire specialmente le obbligazioni ed i contratti; e di qui noi traggiamo un altro argomento a sostegno della tesi sopra enunciata, cioè che la nuova codificazione fosse meglio che altro un risultato di un grande concetto politico, poichè lo spirito umano è naturalmente progressivo, guarda troppo facilmente le cose sotto un aspetto solo, ed accettando la necessità delle nuove leggi per gli effetti sopra indicati, cadde facilmente nell'errore di dover rinnovare integralmente le parti tutte del giure civile, onde le une armonizzassero colle altre.

Del resto chi non vede che, deducendo queste leggi per intero dal giure comune non francava le spese che si affaticasse a crearne di nuove: noi qui non facciamo che questa semplice osservazione,

Digitized by Google

poichè e molti e vasti argomenti che la giustificano saranno svolti in seguito in altro aspetto a sostegno del nostro assunto, mentre in codesta parte del nostro lavoro ogni ulteriore osservazione in proposito sarebbe un fuor d'opera, dacchè, essendosi omai i popoli dopo rinnovati i patti e le leggi della loro convivenza politica, dati a ricostituire tutte le loro leggi civili, essi possono venire bensì nel concetto di migliorare le leggi passate laddove sono monche e difettose, possono accettare l'opinione che sia opportuno e necessario invocare la giurisprudenza antica a sussidio dell'intelligenza ed interpretazione della nuova legge, non possono per amor di questa abrogare le nuove leggi, richiamare in vigore il diritto comune, darvi nome ed importanza di legge vivente. Mentre noi pertanto conveniamo nel concetto della Scuola Storica per ciò che riguarda il fondamento delle sue dottrine, non vi conveniamo per ciò che riguarda le conseguenze, che essa ne vuol trarre; per noi la codificazione non può essere disdetta, torna per lo meno inutile il farlo: non resta che da ordinare gli studi in modo che la passata sapienza con essa si coordini; a nostro avviso si errò per troppo amore di migliorare, si abbandonò la sapienza vera, perchè aveva qualche difficoltà e qualche spina, per creare la sapienza nuova, e se questa, come era naturale (che sempre dell'opera propria si intravedono le parti buone e non le difettose), parve rispondere ai bisogni veri dei popoli, accennare ad un grandioso rivolgimento; sarà invece ai posteri prova e dimostrazione che si errò, che si andò a conseguenze diverse da quelle che si presupposero, non si arrecarono interi i benefizi immaginati e sperati. L'età avvenire e fra queste, più vivamente, benchè più incertamente e confusamente, quelle più prossime alla nostra, conosceranno che non si poteva abbandonare la sapienza antica; che, abbandonandola, i popoli erano posti nella necessità di creare in seguito quella giurisprudenza che corrisponde all'antica, di rifare cioè con dolorosa e fatale esperienza gli errori passati, ai quali si era per lo passato con lunghi studi rimediato per adottare contro i medesimi quelle stesse provvidenze, che furono già adottate e sorrette dal diritto comune, rinunciando frattanto ai beneficii della esperienza e della dottrina dei padri nostri; e non sarà certamente inutile osservare, che fin d'ora, in mezzo a tanta effervescenza per le novità, a tanta avversione o per lo meno indifferenza ed incuria del sapere antico, si

comincia a sentire che si debbono ricalcare le orme della vecchia giurisprudenza, che questa è dottrina luminosa e vera, poichè altrimenti non si ritornerebbe sulle di lei orme.

CAPO III.

C) *Se lo studio dell'antica giurisprudenza importa tale difficoltà che realmente giustifichi in parte l'abbandono attuale.*

Si può dire a noi: or come volevate che si risparmiassero i Codici; la giurisprudenza antica era un mare senza confine, dottrine buone miste alle cattive, assiomi forensi e statutarii in contraddizione coi dettati del giure romano, le teorie relative alle parti del giure, che non si potevano ripudiare, che poscia furono riprodotte nei Codici moderni, si trovavano commiste con quelle relative a contratti ed istituti già abbandonati; vi era tra questi e quelle non pertanto un legame intimo, che faceva sì, che la ragione dell'uno esercitasse una viva e potente influenza sulla ragione dell'altro; gli scrittori d'altra parte non facevano, che un'opera costante di riprodurre gli uni le opinioni degli altri, di citarsi a vicenda; la giurisprudenza in mano loro era omai fatta stazionaria; era impossibile poter gettare dinanzi ai giovani tanti libri, perchè imparassero e studiassero, era necessario dar loro una traccia nuova per le loro occupazioni; cercando mille volumi essi non avrebbero per avventura appreso alcun dettato diverso da quello, che si poteva con brevi parole, con immensa semplicità e facilità per essi riprodurre in un Codice, e perchè vorreste voi che non si adottasse così savio temperamento? Sareste voi di quelli che nella scienza del giure portano in campo le dottrine di una vieta fatuità, di un ridicolo orgoglio di studioso, lo studio per lo studio, senza che la mente umana ne vantaggi di sorta; e vorreste in giurisprudenza adottare il sistema di quella scuola economica tanto vivamente derisa dal Bastiat nelle sue Armonie, che vorrebbe guastare le strade, veicoli di commerci e di ricchezza, per dare lavoro agli operai, rifacendole e mutandole.

Così è veramente, che si è ragionato e si ragiona a' tempi nostri; ma è facile vincere queste vane difficoltà; la questione si presenta sotto due aspetti, l'uno delle molte dottrine sparse nei libri vecchi relative agli statuti, alle leggi civili già abrogate, ai costumi già totalmente mutati; l'altro relativo all'immensa congerie delle opere legali che con immenso peso ingombrano gli scaffali degli studii antichi, e la difficoltà di farsi una giusta e ragionevole norma di condotta nello studio di cotesti libri.

Ma, quanto al primo, chi non vede, che la difficoltà è di nessun conto! lasciate a parte i trattati, i consigli, le discussioni, le sentenze relative ai fedecommessi, alle primogeniture, ai feudi ed altre simili materie, e non vi troverete oppresso per certo da studi inutili: nelle parti poi dei diritti personali per ciò che riguarda la minorità, l'interdizione, lo stato delle donne maritate, trovate bensì mutamenti nelle leggi attuali; ma i concetti sono identici, le teorie non possono variare, per ciò infine che riguarda il diritto statutario vi sono libri appositi che voi potete ben lasciare a parte; vi sono bene nei libri anche di diritto comune negli stessi commenti al diritto romano, dei ricorsi al medesimo, ma chi non vede che quei cenni in questi libri non hanno alcuna importanza non aggravano la mente di troppe ed inutili fatiche! Basta poi osservare che ogni parte di giure è con tanta esattezza distinta in tutte le opere dell'antica giurisprudenza, che gli indici relativi servono per eccellenza a facilitarne lo studio, per venire nel concetto (e chiunque abbia la chiave della scienza passata può dirlo) come realmente difficoltà alcuna non esista in proposito. Quanto poi alla moltiplicità dei libri basterà fare poche osservazioni per mostrare tutta la vanità dei giudizi avversari.

Presa a giudizio la classazione degli scrittori delle antiche cose giuridiche, secondo che è stata giustamente fatta, ed universalmente accettata dagli stessi antichi, e segnatamente dai critici del secolo scorso, e che ai tempi nostri non ha e non può avere che una importanza meramente storica, si può creare un metodo abbastanza sicuro per determinare la qualità, ed estensione degli studi da farsi in soggetta materia.

Come ognuno sa, gli scrittori dell'antica giurisprudenza si dividono in quattro classi, vogliamo dire, commentatori, trattatisti, consulenti e decidenti: e basta l'esame della qualità ed estensione

Digitized by Google

dei diversi lavori e studi di codesto genere per avere norma sicura dei limiti che nello studio delle vaste biblioteche legali si devono introdurre.

Incominciando, per una ragione, di cui tutti si faranno capaci alla fine di coteste nostre osservazioni, a parlare dei Decidenti, che sono ultimi nell'ordine da noi sopra tenuto, nessuno ci vorrà negare, che lo studio dei medesimi sia omai fatto del tutto superfluo; non ostante la molta dottrina sparsa nei giudicati da essi riprodotti e nei commenti ad esse fatti, due supreme osservazioni occorrono in soggetta materia, a stabilire in modo invincibile, la giustezza di codesta sentenza; l'una si è che la raccolta delle sentenze, siano poi di Corti supreme, ed abbastanza atte, comunque per costituire una fondata presunzione di verità, hanno essenzialmente una importanza limitata ai tempi, nei quali sono proferite per due speciali motivi: l'uno, che sono l'espressione dei giudizii più comuni dei popoli e dei tempi, nei quali sono proferite, e non sempre di una verità certa ed assoluta; l'altro, che gli uomini che sono involti in contestazioni giudiziarie, naturalmente pavidi di un esito ad essi contrario, nella fluttuanza ed incertezza delle opinioni, ricorrono facilmente alla opinione dei tribunali, chiamati dalla legge a sentenziare delle sorti loro, presumendo avere nel fatto antecedente dei tribunali, un indizio per lo meno di quello, che saranno per fare in seguito, poichè la loro importanza si risolve in una ragione di prudenza, anzichè nella ragione di un vero assoluto, come sopra; ne viene di conseguenza, che, quanto grande (tutto che indebita) è l'importanza, che hanno in que' tempi, altrettanto effimera è la loro esistenza, e la loro autorità non si può estendere al di là del breve periodo di tempo e fuori della cerchia delle Nazioni, nelle quali si agitano analoghe questioni. La seconda è, che in fatto di dottrina esposta nelle decisioni è essenzialmente propria della qualità dei fatti sui quali è portata sentenza; i fatti hanno una tale natura propria, che quasi mai si rinnovano e riproducono cogli stessi caratteri, specialmente se si mettono a confronto con fatti analoghi accaduti in tempi remoti, o comunque, lontani; ed è perciò impossibile dedurne la scienza, e dedurne una ragione giuridica sufficiente a dirigere la mente nella valutazione dei fatti e delle contestazioni che possono nascere. È quindi manifesto, che l'opera dei raccoglitori di sentenze e decisioni è naturalmente di poco o nessun conto, che le sentenze più difficili e

Digitized by Google

più elaborate, e di conseguenza le loro raccolte non possono avere la vita più lunga di quella della generazione, in cui sono proferite, eccetto i pochi casi, nei quali il fatto sia così esplicito, così netta e spiccata la dottrina ad esso applicata che non riesca ad altro che ad una indubbia conferma di un dettato del giure, che, come abbiamo detto, si forma e vive per il più esteso numero, per la maggiore autorità di coloro, che in esso consentono. Noi quindi crediamo per siffatte chiare ed indeclinabili ragioni, che cotesti grandi monumenti della sapienza dei padri nostri, diffusa negli immensi volumi dei Decidenti, e sparsi con tanta copia negli scaffali delle biblioteche legali, compresa perfino quella celebratissima della Rota romana, non abbiano in nessum modo a far parte degli studi, ai quali si debbono informare coloro che anelano all'acquisto della scienza giuridica. Non diciamo perciò che non debbano essere altamente rispettati che nello specialità dei casi pratici i professionisti non solo, ma ancora gli scienziati non possono e non debbano valersi dell'autorità di alcuni di codesti giudicati, specialmente se celeberrimi, siccome quelli della Rota stessa, ma non possiamo consentire che essi riescano mai a formare corpo di scienza e ad assumere autorità suprema nel campo del giure, che essi siano un qualche cosa di più di quel che sia un libro di occasione; del resto se noi guardiamo al gran numero di coteste decisioni con tanto amore raccolte dai padri nostri, e con tanta gravità portate in campo a sostegno ora di una, ora di altra tesi, non ce ne faremo meraviglia, solo che portiamo un istante lo sguardo sulla immensa copia delle raccolte delle decisioni dei tempi nostri, e nell'immenso abuso che e scrittori, e professionisti, e tribunali ne fanno, volendo molte volte trarre da una decisione un dettato generale di diritto che in essa non è, o non è così intero da costituire il concetto di una esatta opinione giuridica. Come ai tempi nostri si raccolgono le decisioni dei Supremi Tribunali si raccoglievano anche allora, e se il numero era maggiore, avvenne soltanto perchè maggiore era il numero degli Stati, e maggiore il numero dei Supremi Tribunali, è lungo di più secoli il periodo, entro il quale sono state elaborate è date in luce. Se però noi volgiamo lo sguardo alle grandi raccolte di decisioni dei tempi nostri, vedremo da una parte che in proporzione sono più estese (se pure non lo siano anche, esclusa la comparazione) che le antiche; a sostegno della quale sentenza non

Digitized by Google

avremo che ad indicare quella così detta *Pasycrisie* ricca già di oltre mille decisioni; anche queste poi per le ragioni sopra indicate non possono durar molto a lungo, nè assumere forse mai l'importanza delle decisioni antiche (1); perchè, lasciato a parte, che il sistema della cassazione toglie la possibilità, che dai supremi Magistrati delle nazioni siano proferite sentenze veramente profonde e degne dell'altezza del giure. come faremo vedere in seguito; basterà porre a confronto le une colle altre raccolte per vedere a lode degli antichi, che quelle loro raccolte in generale contenevano sentenze elette, nelle quali erano discussi dei pnnti più gravi controversi del giure di que' tempi, mentre al contrario nelle raccolte de' tempi nostri (conseguenze delle industrie librarie che nella redazione delle medesime hanno la maggior parte) si accumulano tutte indistintamente, e quelle ancora che risolvono talora una identica questione, e non si può dubitar quindi che le raccolte odierne non siano difettose più delle antiche; non si può dubitare che, se anche contengano tutte le decisioni nei punti di questioni più gravi e difficili, e possono in questa parte assumere l'importanza delle antiche; la troppa abbondanza delle decisioni sterili ed inefficaci, rendendone lungo e faticoso lo studio, non renda ancora le menti, già insuete ai profondi studi, meno avide, sdegnose quasi di ricercarne i volumi. È poi certo alla fin fine, che le raccolte dei nostri tempi sono omai e per numero e per copia di decisioni immense e tra pel modo, col quale sono fatte, tra per la incertezza della giurisprudenza in esse sancita (dacchè per la novità del giure, i Supremi Tribunali

(1) Le raccolte di decisioni dei supremi Tribunali dei nostri tempi non si possono guardare e studiare di presente come un monumento di scienza, perchè, trattandosi di applicazione di leggi nuove, la dottrina loro non può dirsi certa e pacifica, ma sì come una serie di precetti ai contendenti, in quanto possono valutare dalle sentenze date, quale sarà la fine di determinate combinazioni, e provvedere così per meglio al loro interesse: la utilità di codeste raccolte è tutta pratica: chi si occupa omai delle decisioni rese dalla Cassazione di Francia al tempo del primo impero, ma se ne occupavano allora, e a ragione, per non tentare inutili cause: chi non sa, o può dubitare che le Cassazioni di Francia, del Belgio e d'Italia non siano già più d'una fiata incorse in gravissimi errori: esse medesime ne fanno testimonianza, revocando e ripudiando con decisioni posteriori le dottrine sancite nelle anteriori, ma chi vorrebbe non porvi mente, quando si tratti di congetturare, se una data questione sia per essere risoluta in una, piuttosto che in altra maniera.

hanno variato giurisprudenza da tempo a tempo, e commessi non pochi errori), si può credere facilmente, che esse non potranno conservare lunga vita, molto meno durare nella autorità che ora godono.

Però queste nostre osservazioni non lascieranno dubbio a nostro avviso, non diciamo solo ai vantatori degli studi novelli, ma agli ostinati sostenitori della bontà degli antichi della giustizia della nostra dottrina, e faranno chiaro, che se decisioni e sentenze si proferiscono in tutti i tempi, e i professionisti ricorrono essenzialmente a quelle de' tempi loro, come a mezzo e strumento di professione, le raccolte di decisioni si faranno sempre e saranno sempre un fatto, un giudizio sopra di un fatto, anzichè una dottrina; saranno talvolta fonte di errori, o per lo meno a breve andare cessato il bisogno, divenuta pacifica dottrina riesciranno inutili, e comunque sia, non potranno mai riuscire oggetto vero e profondo di studi veri e profondi (1).

Ora venendo ai Consulenti, l'opera dei medesimi è quella che per natura più si accosta al fatto ed all'opera dei Decidenti, con questa sola differenza che, mentre le sentenze operano in via di sola autorità, indipendentemente dal volere e dall'intendimento dei tribunali chiamati a risolvere una questione, i consigli sono dati in ispecie ai contraenti ed ai contendenti per evitare gli errori, per regolare la trattazione dei loro affari in modo, che non ne venga danno, ed assumano perciò un carattere più dottrinale e razionale di quello che sia alle sentenze consentito; siccome però il consiglio non può esser dato, che a prevenire un errore vero e presente, e

(1) Nel nostro modo di vedere noi abbiamo sempre disapprovato altamente quegli avvocati, che per avvezzare i loro allievi all'esercizio del foro mettono loro in mano, e li fanno studiare le decisioni e sentenze dei Tribunali, poichè facilmente si falsa con questo studio l'originario individuale e schietto modo di giudicare, il vero concetto del diritto; è giusto e ragionevole che dalla nuda teoria, laddove la mente si trova sola per apprendere senza lottare per sostenere la validità, per apprezzare la estensione e prevalenza di un principio o di una teoria, essi siano posti nel campo delle controversie giudiziali e veggono come le dottrine, diremo così, si innestino e diano forma e carattere ai fatti, o per lo meno trovino nella ragione del fatto la suprema loro sanzione; ma bisogna che essi valutino il fatto, ed applichino il diritto secondo il valore dei fatti stessi; e non lo possono fare, che col possesso dei dettati del giure desunto con ordine razionale e logico, nei commenti o nei trattati.

facile a rinnovarsi, e l'errore in materie giuridiche (per ottenere pure che alti ingegni se ne occupino) non può essere speciale e proprio solo a qualche individuo, ma, diremo così, generale e proprio dei tempi, nei quali si scrive, così ne viene, che i consigli sanno per eccellenza della individualità dei tempi stessi, nei quali si scrive, sono essenzialmente limitati ai bisogni di quelli, e non possono estendere il benefico effetto loro al di là del medesimo: in fatti nè profonde nè estese dottrine si sono mai rinvenute negli scrittori di questo genere, e sebbene il nome d'alcuno abbia vinto la caligine del tempo e duri illustre ancora, è però certo che, meno a cotesti scrittori, che a qualsivoglia altro degli antichi, fanno ricorso coloro, che solo della sapienza antica si dilettano.

Che se noi vogliam andar oltre nell'esame di questo fatto degno di tutta la ponderazione, vedremo che non solo per ragione dell'indole del lavoro, ma sì ancora per la qualità della materia trattata nei consigli, la cosa doveva riuscire a così fatto estremo: gli errori volgari, ai quali si voleva rimediare, accadevano essenzialmente nella intelligenza ed applicazione delle leggi statutarie, siccome materia nuova, d'ordinario mal redatta, ed oscuramente esposta e poco capace per la piccolezza dei concetti e la povertà dello scopo di equa e ragionevole conciliazione colle ampie dottrine del giure romano, e però, se riescivano molto opportune ed utili ai tempi, in cui erano dati, ed erano una guida più o meno sicura pei cittadini e di conseguenza ancora pei magistrati, si collegavano almeno di lontano coi dettati dell'alto ed universale giure comune, onde costituire quell'accordo indispensabile tra i dettati di una stessa dottrina, non potevano non perdere ogni loro importanza al mutarsi delle condizioni sociali alla cessazione delle leggi statutarie, alle quali erano state in fatto interpretazione e commento; perciò per gli attuali bisogni della odierna giurisprudenza non si può rinvenire nelle opere di questi benemeriti scrittori quel nucleo di dottrina, che meriti una lunga e profonda ricerca dei loro volumi; solamente lo studio dei medesimi può rendersi abbastanza importante per chi voglia studiare la ragione di certi aforismi legali, o già dimenticati o tuttora vigenti in quanto, meglio in questi libri che in altri, se ne desume l'origine e la ragione; ma oltrecchè studi di questo genere non possono esser fatti, che da qualche profondo dottore che ami giudicare il passato, e trarne diremo così, la storia intima della scienza passata;

è certo che tutti questi aforismi sono sparsi nelle opere dei trattatisti e dei commentatori; e non è quindi a temere che l'abbandono di cotesti loro volumi possa riuscire a danno della scienza, in quanto i dettati di ragione pratica da essi propugnati non possono trovare riscontro, che nei loro costumi; nè d'altra parte negli studi teorici si può far troppo conto delle molte specialità, le quali possono essere sparsi nei libri, e che dal più al meno possono essere prevedute, intese ed applicate da qualsiasi intelligente della scienza a seconda delle diverse contingenze, che sono preso ad esame, e comunque, esaminate e studiate a seconda della infinita varietà dei casi pratici che si presentano in moltiforme aspetto ai professionisti; noi quindi crediamo da una parte, che anche lo studio degli scritti di questo genere possa essere facilmente abbandonato, salvo alcuna splendida eccezione; dall'altra, che quando pure, specialmente riguardo a queste, si voglia trarre profitto delle molte e profonde dottrine che sono in esse diffuse, meglio che farne oggetto di appositi studi, si debba studiare il modo di poterne all'occasione approfittare, facendo ordinati e razionali indici delle materie trattate dai diversi scrittori, e dei principii e delle opinioni, che sono, in esse, in più chiaro e mirabile ordine trattate ed esposte.

Ora veniamo a parlare dei Trattatisti: qui alta e nobile materia si presenta al nostro esame, perchè da una parte i Trattatisti non hanno lasciata inesplorata ed indiscussa alcuna parte del giure e della giurisprudenza dalle più ardue ed eccellenti alle più facili e di minor conto, e con la fredda e paziente disamina dei fatti e delle teorie, colla formazione di minute e, se si può dir così, disciplinari dottrine, delle quali molte volte non può conoscere l'altezza e l'importanza, che l'uomo da lungo tempo assuefatto alla ragione profonda ed alle difficoltà sempre nuove della scienza, sono, si può dire senza errore, il compimento dei grandi libri, dei forti studi dei più vasti e profondi ingegni a commento del giure romano, sono sotto molti aspetti la parte più eletta dei lavori giuridici; e a voler fare una storia ampia e solenne del giure, l'esame sui diversi loro lavori non si potrebbe scompagnare dall'esame sugli studi e la solenne dottrina dei Commentatori. Noi però per ragione indeclinabile dell'analisi, che ci siamo proposta, dobbiamo parlarne in modo del tutto separato, e premettere, como abbiamo fatto, le osservazioni ora esposte, onde non ci fosse messo a difetto il non

averlo fatto. Del resto se è vero, come è verissimo, che i Trattatisti, prendendo ad illustrare una parte speciale del giure, portarono nei loro studi una sagacia ed una dottrina, diremo così, di dettaglio, che non poteva essere propria dei lavori di più forte lena e furono per eccellenza benemeriti della scienza; è vero ancora, che per l'indole stessa dei loro lavori si dovettero in gran parte dei medesimi occupare dell'indole e del carattere delle leggi statutarie, la cui ragione ed importanza è cessata al cessare di quelle leggi; che alcune fiate nel bisogno di dare la maggiore estensione possibile alle materie, e di dedurre di conseguenza le loro osservazioni talvolta da fatti speciali, di cui erano più vivi e controversi i caratteri e le ragioni, alcune fiate impiccolirono, se si può dir così, la scienza, alcuna volta la resero vana ed indeterminata troppo, tal altra infine accolsero aforismi e dettati tenuti come veri e sani ai tempi loro, ma ripudiati ora, che la più alta ragione pratica e teorica dei tempi, e il più intimo e profondo studio della ragione del giure dedotto dalle vere fonti del giure romano, li ha mostrati erronei e fatali al continuo e desiderato progresso della civiltà dei popoli (1).

Però a voler fare un giusto apprezzamento dell'indole di questi lavori e far ragione del metodo e dell'estensione degli studi che si debbono fare nei loro volumi e dell'onore in che devono essere tenuti, è necessario distinguere, diremo così, le diverse parti che più, o meno spiccatamente, si veggono esaminate ed esposte nei trattati stessi; e poichè il buono col falso, il necessario coll'inutile sono in mirabile maniera misti e confusi in diversi eccellenti, e diremo meglio, per profondità di dottrine e bontà di metodo e di esposizione, insuperabili trattati, abbiamo giustamente osservato, che in essi è d'uopo tener conto eziandio del metodo, col quale le diverse parti del giure sono state trattate ed esposte.

(1) Molti lavori di Trattatisti non hanno un merito assoluto, diretto, reale, in quanto fondino una teoria e ne adducano la ragione; ma un merito relativo indiretto, in quanto non servono che ad estendere l'autorità di un dettato: in politica, in ammiuistrazione, in giurisprudenza il vero è sempre praticamente determinato dalla autorità: che importa gridare all'errore, se tutti o il maggior numero crede di non errare? Fa bene chi grida che si guardi all'errore, perchè lo si toglie di mezzo in seguito, ma l'autorità intanto prevale: però scrittori aventi il merito della sola autorità non possono meritare molto studio.

In base alle quali generali osservazioni, diciamo dapprima, che bisogna saper distinguere le parti utili e vere dalle inutili e fallate della civiltà passata; la qual cosa, se verrà fatta di leggieri a chi abbia profonda conoscenza della storia delle legislazioni, e di diversi stadii di civiltà di secolo in secolo percorso dai popoli, sarà molte fiate impossibile, riescirà sempre difficilissima a chi manca di siffatte conoscenze; donde la necessità di cominciare come in tutte le cose, meglio ancora nella giurisprudenza, dalla storia; giacchè i fatti da essa registrati danno il criterio per apprezzare giustamente il carattere, l'indole, l'estensione delle dottrine più careggiate e dei libri più riputati di tempo in tempo; sono mezzo unico, indispensabile a farci entrare col pensiero nell'indole della legge, e darci la chiave per intenderla ed esplicarla in un dato periodo di tempo in piena armonia allo stadio di civiltà percorsa. Di qui si deriva la conseguenza ancora, che non può apprezzare questi libri, e scernere il buono dal falso, se non chi abbia netta nel pensiero la conoscenza dello spirito dei tempi e delle leggi che li hanno governati; in secondo luogo, che nello studio di questi libri è d'uopo tenersi in guardia dall'esagerato sistema che, dal più al meno, si dimostra vivo e potente in tutti gli autori, di andare alle sottigliezze estreme, per l'amore di strappare alla scienza e porre in luce tutti i suoi segreti (locchè facendo e, diremo così, tentando l'impossibile) sono poi caduti, chi più chi meno, in più o meno gravi errori; in terzo luogo, che non bisogna studiare le loro opere isolatamente ed esclusivamente, onde evitare il pericolo di accettarne o le troppe sottigliezze o le non poche sfrenatezze nelle quali sono caduti, ma farne seguito e corredo agli studi del giure romano e dei libri dei commentatori; e perchè da una parte questo, temprando la mente alla grandezza de' suoi dettati, è un freno, è un'egida contro i vizi sopraccennati, dall'altra le parti eccellenti dei trattatisti lumeggiate, diremo così, dalla splendida face di quel giure, si mostrano in tutta la loro verità, e come la ineluttabile conseguenza de' suoi dettati; una di quelle conseguenze che poteva bensì non essere intraveduta o giustamente apprezzata, poteva (se si voglia concedere tanto) aver bisogno di essere più estesamente svolta ed esplicata per essere appieno valutata, ma dopo si mostrava con quel giure di guisa connessa da far le maraviglie, che non si fosse prima compreso: al di là di ciò infine, essendo forse

impossibile poter scorrere a lungo le immense opere di codesti scrittori, che concorrevano in fatto a dar corpo e potenza ad un giure solo, che veniva indicato col nome *di diritto comune:* bisogna da una parte eleggere i più accreditati e nei loro volumi studiare le parti, o più difficili, o comunque, più discusse del giure, al qual uopo ciascuno alquanto pratico nella non facile scienza di studiare le opere legali, può essere buon consigliere a se stesso, e sopratutto fare la tessera, indagare le origini storiche e le ragioni intime di non pochi veritieri, di non pochi fallaci aforismi legali, di cui riboccano le loro opere, onde colla saggia critica alla mano nella estensione dei loro dettati e nel continuo ricorso alle questioni pratiche, alle quali nei loro libri si accenna, informare le menti di quella vera ed imperitura dottrina che non può essere compiuta, che collo studio di codesti mirabili trattati. Del resto non è a dirsi che, se questi limiti sono da noi suggeriti, è perchè è impossibile uno studio più esteso, è perchè in moltissime parti i Trattatisti non differiscono, come dicemmo sopra, l'uno dall'altro. È poi certo, che i professionisti hanno bisogno, a seconda dei casi pratici, che loro occorrono, di interrogare pressochè tutti codesti libri, e chiederne i responsi, essendo ben certo che solo nei medesimi si può rinvenire qualche risoluzione dei casi difficilissimi, o qualche norma pratica per risolvere quelli, che non siano in essi tassativamente discussi e risoluti; bene quindi faranno mai sempre coloro, che forniranno le loro biblioteche delle opere dei trattatisti, e che con appositi indici si prepareranno modo a poterli facilmente leggere ed esaminare.

Ora poi verremo a parlare dei Commentatori, di quegli altissimi scrittori, cioè che, presa a base la splendida ragione del giure romano, e seguendola in tutte le sue parti, diedero al genere umano opere meravigliose per senno e per dottrina, e resero il loro nome immortale, siccome quello della scienza; chiunque possegga la ragione storica e critica della scienza comprende facilmente, come la scienza legale stampasse le prime sue orme nei commenti, come i commenti fossero l'origine, la causa di tutti gli altri lavori legali, non potendo nè trattatisti, nè consulenti discendere ai particolari minutissimi della scienza prima che la medesima fosse trattata ne' suoi generali con tutta la possibile estensione; e di qui si potrà misurare tutta l'importanza di cotesti lavori

che costituiscono essi soli, e prendono il nome della scienza.

È poi chiaro che, se cotesti grandi lavori si sono unicamente eseguiti sul testo delle leggi romane, salvo pochi ricorsi a diverse massime e dettati del giure statutorio, è avvenuto per due indeclinabili ragioni, l'una si è che il giure romano, così allora come di presente, ebbe a risplendere di tanta eccellenza che la ragione umana nè sapeva, nè poteva immaginare opinioni giuridiche più giuste e più conformi al vero di quel che fossero anche contenute nei brevi suoi volumi; l'altro si è che, avendo le leggi di tutti i popoli sancito, che in difetto di esplicite loro disposizioni, si dovesse ricorrere, siccome a regola indefettibile, al giure romano, non si poteva far meglio, volendo adoperare la mente a sviluppo della scienza, che prendere ad illustrare i dettati del supremo giure mondiale, e porne in luce le disposizioni, non altrimenti di quel si faccia e deggia fare di presente riguardo alle leggi contenute nei Codici tutti delle civili nazioni, rifacendo lentamente, e per quanto si poteva meglio, l'opera di quei giureconsulti, che diedero i gloriosi volumi da cui furono desunti i Codici Giustinianei, e che dovettero essere da Triboniano resecati, e sciolti nelle parti, che gli ebbero a sembrare semplice esplicazione e sviluppo dei grandi principii del giure, al quale egli voleva dare corpo e misura; perciò l'opera per sè difficilissima, e tanto vasta di questi scrittori ha due pregi, se si può dire così, che la rendono superiore a tutti gli altri lavori scientifici indipendentemente dal merito soggettivo degli scrittori: l'uno che, commentando le diverse parti del giure romano si sono tenuti sempre più vicini a quella vena larga e profonda di dottrina, che si può dire anche ai tempi nostri propria unicamente del popolo più alto e potente che sia sorto in mezzo allo splendore della vita secolare dei popoli, e l'opera loro quindi è riuscita solenne, ed incontaminata dalle minutaglie degli altri lavori; l'altro si è che, costoro studiando nei loro gabinetti, anzichè versando nel foro e tra le difficoltà pratiche della vita, serbarono intatta la grandezza del giure romano, e furono una potente, e forse unica diga a che gli altri scrittori non irrompessero negli errori e nelle sfrenatezze, alle quali incorsero pure nelle interpretazioni del giure statutario (essendo per sè indispensabile, pei presenti fatale, pei posteri provvidenziale, che nell'applicare monche ed erronee legislazioni, si commettano gravi errori, poichè se quelli ne soffrono, le loro sof-

ferenze aprono la via a conoscere i difetti della legge ed a correggerla).

Non ostante però l'importanza ed estensione di questi studi, che sarebbero immensi, se si dovessero prendere ad esame tutte, o la massima parte delle opere relative, sulla ragione dei medesimi non poche osservazioni sono a farsi, che non possono non diminuirne di molto la difficoltà e la gravezza. Queste osservazioni si riferiscono specialmente e alla indole e qualità della codicifazione giustinianea, e all'indole e qualità dei diversi commenti a seconda dei diversi tempi, in cui sono stati redatti, e del diverso scopo che i commentatori si sono proposti, all'indole e qualità della codificazione giustinianea, dacchè in essa si riscontrano, diremo così, due nature e due caratteri, l'uno tutto romano e bello della più alta sapienza giuridica, siccome i Digesti, l'altro in parte romano, in parte greco, informata sì in questo, che in quello, talvolta, e a meglio dire, più spesso di quel che si potesse condonare, alle sottigliezze, alle intemperanze, agli errori, alle variabilità. ed incostanze di una civiltà imbarbarita e cadente, siccome il Codice, e più specialmente poi le Novelle, opera tutta propria dell'età dello stesso Giustiniano e di altri pochi imperatori d'Oriente, e ben lontane da raggiungere l'altezza di quella prima parte, non rare volte per imperfezione dei dettati, per barbara redazione, piuttosto corruzione e guasto, che compimento del severo ed alto diritto romano affidato al Digesto: perciò questa seconda parte della codificazione Giustinianea e i relativi commenti non importano così profondi studi come la prima; e perchè poi non si dica che noi in questo nostro giudizio procediamo con troppa avventatezza, e con poco riguardo, alla legislazione degli Imperatori orientali, al senno ed alla dottrina dei meravigliosi ingegni che si sono sì ampiamente occupati nel commento e nella dilucidazione di codesta parte del giure Giustinianeo; osserveremo brevemente che noi col nostro giudizio non intendiamo menomare l'importanza della seconda parte di questo giure, avuto riguardo ai tempi ed ai bisogni sociali, ai quali si voleva provvedere, crediamo anzi che, modificandosi specialmente a quei tempi le basi della esistenza sociale col meraviglioso diffondersi della Religione cattolica, egli non poteva non soccorrere con ispeciali provvedimenti alle nuove contingenze della vita sociale, e ci pare che il suo Codice lungi d'essere scienza,

e risplendere della ragione della scienza, sia il più alto monumento, l'esempio, il principio di quelle legislazioni, che redatte nei tempi posteriori del medio evo, assunsero il nome di codicifazione statutaria, giacchè se bene si figge lo sguardo nelle diverse disposizioni, che si riferiscono allo stretto giure civile, moltissime, per non dire le più, hanno un carattere politico, sono rimedi e provvedimenti contro ai mali reali o veri, e comunque, temuti de' suoi tempi; ed è sotto quest'aspetto che noi non diamo importanza allo studio relativo, perchè, essendo cessate le condizioni speciali, a cui si vollero applicare tali disposizioni, cessa ancora la ragione del farne lungo e profondo studio; del resto, come dicevamo or ora, se è vero, come è verissimo, che non poche parti eccellenti di vero ed alto diritto si rinvengono nel Codice Giustinianeo; è vero ancora che i Commentatori ne hanno fatto loro pro, chiamandolo in disamina nei commenti ai digesti, cercando di porlo in armonia con questo diritto, come se fosse l'opera di una stessa mente, redatto collo stesso scopo, sotto l'influenza di un unico intendimento; è vero ancora che non esiste contraddizione tra i dettati dei Digesti e quelli del Codice, sebbene in questo esistino modificazioni alla legge romana antica; e perciò chi dà mano allo studio di questa materia, può collocarle in ordine distinto nella sua mente, può sceverare la disposizione del Codice e delle Novelle, che si riferisce ai bisogni dei tempi, e non esce dalla sfera di una legge politica, da quella che si attiene alla scienza, e fare giustamente suo pro di questa, senza ravvolgersi tra le spine di quella, accettandone le conseguenze a detrimento di questa.

D'altronde poi a voler mostrare, che il fatto dei commenti a questa seconda parte del giure Giustinianeo, non serve a far palese che nei tempi anteriori ai nostri (diversamente da quello che noi pensiamo), lo si trovasse eccellente e perfetto come quello contenuto nei digesti; è d'uopo osservare, che i Commentatori, studiando con egual amore e l'una e l'altra parte del giure Giustinianeo e cercando di porlo in armonia, come abbiamo detto, non facevano opera di elezione: dacchè la legge romana era la legge vivente dei popoli, la quale perciò, non potendo essere negata o ripudiata, doveva essere commentata, e posta in chiaro, come cosa indispensabile al cômpito che si era proposto; e non si può quindi argomentare, che essi la rinvenissero eccellente, come la prima, e perciò solo

la commentassero; oltrechè poi i tempi negli istituti politici sono maestri di una sapienza e di una dottrina eletta, che risplende agli occhi degli uomini anche indotti, e non si lascia sempre scorgere agli occhi degl'ingegni più forti dei tempi anteriori, ed è in conseguenza di questo fatto indeclinabile per chiunque conosca la storia del genere umano, che noi, non ostante l'apprezzamento dato a codesta parte della codificazione Giustinianea da supremi ingegni dei secoli scorsi, tanto diversi dal nostro, portiamo opinione che lo studio della medesima sia di ben poco interesse all'ampio e solenne svolgimento della scienza.

Della indole e della qualità dei diversi commenti a seconda dei diversi tempi, in cui sono stati fatti; perchè tutte le scienze nei loro principii sono difettose, ed accolgono di sovente il falso pel vero, se per lo meno non accolgono profondi errori, sono povere di dottrine e di esperienza, di mezzi atti a soffolgere la mente umana nelle difficoltà pratiche della vita; così avvenne nello studio del giure romano: esso era ben veramente la scienza; ma gli uomini dei tempi primi del nuovo incivilimento, mancando della esatta conoscenza degli istituti, e della storia politica e giuridica del popolo romano, mancando della acutezza necessaria a conoscere e svolgerne la ragione, non potevano nè intenderla colla profondità necessaria, nè commentarla colla indispensabile ampiezza; perciò questi primi commenti, che vengono sotto il nome di glossa, e sono pure un'opera, avuto riguardo ai tempi, molto pregiabile per senno e per dottrina, sono assolutamente monche, e del tutto inutili ai tempi nostri, in ispecie dopo che la scienza è stata così ampiamente svolta e commentata nei libri posteriori; e quel, che diciamo degli autori della glossa, diciamo di molti potenti ingegni di que' tempi, che fecero speciali, o brevi, od estesi commenti al giure romano, ma con tanta aridità e con tanta ristrettezza, che si potevano dire meglio che altro, una ordinata riproduzione delle diverse leggi esistenti nella raccolta Giustinianea.

Venendo dopo di ciò a parlare della diversità cagionata dallo scopo propostosi dai Commentatori anche nei tempi, nei quali la scienza brillò del suo più vero splendore, ci pare che i medesimi si possono dividere in due schiere: gli uni che, partendo dal fatto, che la legge romana era la legge vera data ai popoli, trovando difficoltà gravi a conciliare alcuni dettati con altri, a trovar la ragione

di una data disposizione in mezzo a moltiplici testi che parevano fare opposizione (1), si diedero a tutt'uomo all'opera del cangiamenti delle sostituzioni delle parole, o a meglio dire della *conciliazione dei testi*, e abbiamo tra gli scrittori di questo genere, uomini veramente preclari e omai celebri come la scienza (2); gli altri in massima parte sorti dopo che le opere di questi li avevano abbeverati ai puri fonti della scienza, o credessero esaurito il campo agli studi di questo genere, come veramente furono, se non in tutto almeno in massima parte, o credessero più utile lo adoperarsi alla formazione di una pura ed eletta giurisprudenza, seguendo, o accettando le fatte conclusioni, o scegliendo fra i diversi principii quello che parve loro più conforme alla ragione, e all'indole generale del giure romano, fecero la sintesi del diritto, la ridussero a scienza, non si tennero ai commenti considerati secondo lo stretto significato della parola, fecero la esposizione di tutti i dettati di ragione con ordine razionale e scientifico; e se per molte ragioni a chi ben vede, si può dire, che senza l'opera dei primi la scienza non avrebbe potuto salire a tanta altezza ed essi non avrebbero potuto dar mano ai lavori di tanta importanza, è certo ancora, che i commenti di questo genere sono il più alto e solenne cómpito della scienza, e sono perciò quelli, che meritano di essere a preferenza studiati, sono, diremo sotto molti aspetti, i libri, che debbono da un capo all'altro essere meditati e discussi, a voler pure, non diremo aver nome, ma capacità di apprendere e discutere la ragione delle difficili questioni, che tutto giorno, siccome nuove e quasi invincibili, si presen-

(1) La storia umana si riproduce sempre con gli stessi fenomeni; l'opera di questi scrittori, bene considerata, non è dissimile da quella, che si va facendo a tempi nostri dai Commentatori delle nuove legislazioni, per porre in armonia le diverse parti del giure, e togliere di mezzo così le apparenti, come le vere, contraddizioni che esistono tra dettato e dettato. Fatte una volta queste conciliazioni, eretto il regno della giurisprudenza, le parti dei medesimi commenti relativi a queste conciliazioni perderanno la loro importanza: di tutte le opere nuove, alcune devono durare, e sono quelle della scienza vera, altre sono destinate a cessare, e sono quelle che si riferiscono ai rimedi, che si possono chiamare lavori d'arte, destinati appunto a cessare ogniqualvolta l'edifizio è già eretto.

(2) Comunque si voglia ragionare di presente, lo studio di queste conciliazioni era, e sarà sempre una forte e potente palestra per gl'ingegni giovanili, e nelle scuole non sarebbe certamente un di più, quando fosse praticato con quella parchezza, che la condizione dei nostri studii richiede.

tano in ogni parte della scienza. E questa cosa apparirà tanto più manifesta, quando si osservi da una parte che, cessato nella raccolta Giustinianea il carattere di legge, non è più necessario ricorrere alle profonde e sottili disquisizioni, nelle quali si sono esercitati i forti ingegni della prima schiera; sicché i supremi loro lavori in molte parti hanno perduta la loro importanza: dall'altra che le dottrine indispensabili a costituire la ragione e la razionalità della legge romana desunte da queste opere sono state mirabilmente trasfuse nelle teorie dei commentatori posteriori, donde la conseguenza, che l'esame dei volumi lasciati da questi scrittori basta per mettere lo studioso in grado di conoscere tutta la profondità del giure romano, che è quanto dire della scienza, e di applicarla con tutta sicurezza di buon esito.

Viene quindi mediante cotesto breve cenno del metodo di necessaria eliminazione dimostrato, che lo studio di giure antico a chi sappia farlo, non è così esteso e difficile come, si vuol far credere e che, sì per le consultazioni degli studiosi, e di coloro che vogliono dar mano a qualche lavoro o storico o scientifico, o di coloro che nell'esercizio della professione o nel còmpito del magistrato vogliono, per quanto è in loro, indagare la intima ragione del fatto, ed applicarvi la chiara disposizione del diritto, non è necessario avere una estesa biblioteca e possedere il nome di tutti gli scrittori, la qualità delle opere prodotte, lo spirito che le informa, la estensione, di cui sono dotate (cose d'altronde abbastanza in sè estese e difficili, e che richieggono molto studio e molta sapienza): non è necessario egualmente darsi a lunghi e profondi studi di tutte le opere; torna meglio invece lo studio di pochi, l'abilità di apprendere, e far proprii i principii generali del giure e le principali loro conseguenze, onde potere poi, a seconda dei casi, e trovare gli errori di dottrine contrarie, e provvedere alla risoluzione del dubbio secondo verità e giustizia (1).

E perchè appaia meglio la verità, certamente profonda, di questa nostra sentenza, osserveremo, che la scienza, a chi ben guarda, non istà nella memoria e nella ragione dei particolari, che difficilmente si può conservare nelle molteplici incombenze pratiche della vita, ma

(1) Si potrà mai vantar possesso di scienza, se non si è in grado di mostrare come fra tante dottrine del passato alcune siano vere ed altre false.

Digitized by Google

sì nella intelligenza e memoria degli aforismi (1) della scienza, che ai sofistici ingegni ed agli studiosi superficiali paiono la parte minore della scienza: a chi ben guarda, la scienza sta negli aforismi, la scienza è universale, e risponde a tutte le più svariate specialità dei casi; ma questa provvidenza non si può intendere nè applicare che colla lunga meditazione sugli aforismi, a quelli in ispecie, che diconsi elementari, dacchè qualsiasi soluzione si voglia dare a qualsiasi complicata questione, deve trovare la sua ragione in alcuno dei medesimi. Egli è per la conoscenza speciale di questo supremo vero, che gli antichi, così commentatori, come trattatisti, cercarono mai sempre di ridurre nei loro volumi la scienza a principii, e non può certamente riuscire difficile, e troppo faticoso anche ai nostri l'indagine, lo studio e l'apprensione degli aforismi, di che sono sparsi i loro volumi, e che in *brevi formole*, come si dice a'tempi nostri (con parola presa a prestito dalla matematica, e per quel che pare a noi inapplicabile agli aforismi legali) riassumono tutta la loro scienza; egli non si vuol per certo negare, che appunto per la troppo viva tendenza a ridur tutto a principio, essi talvolta sulle massime romane non ne mettessero per soprassello delle proprie, per di più erronee ed incivili, e come si vuol dir meglio, corrispondenti agli errori dei tempi e rifiutati indeclinabilmente dalla civiltà nostra; egli non si vuol anche negare, che non sia sempre difficile, a chi non istudia bene la storia e lo spirito dei tempi, fare con senno la distinzione dall'uno all'altro e rifiutare gli erronei, donde poi sempre la ragione dei profondi studi dei quali parliamo; ma sullo studio degli aforismi legali, avremmo a parlare in seguito e perciò

(1) Il difetto dei tempi nostri non sta solo nella ignoranza e dissuetudine dei buoni studii, ma sì più e meglio nel dispregio in cui generalmente sono tenuti gli aforismi delle vecchie scuole; si comincia, argomentando male da quelli, che appaiono più solenni castronerie dei tempi passati, da quelli, che sono presentati con veste povera e gretta, o si finisce con tanto dispregio e scherno, che non si pensa a studiare e distinguere i veri dai falsi, non si bada al gran proverbio, che la forma non costituisce la scienza: e intanto l'abbandono, per non dire il rifiuto, della scienza antica, va sempre crescendo di guisa, che non possono non imbarbarire, per affaticare poscia a rifare, come nuova, quella, che è vecchia sapienza: la legge è, e deve essere nella scienza, la scienza non può derivare dalla legge considerata nella sua materialità: tenendo metodo diverso si creano leggi cattive, si fanno opere di giurisprudenza vana e non duratura.

ci limiteremo a questo nudo cenno, siccome necessario al compimento di quanto siamo venuti esponendo prima.

Del resto è chiaro, per chi voglia farsi esatta ragione di questi indispensabili studi, che gli aforismi legali sono minori inn umero, ma più sicuri e veri nelle opere dei commentatori, che in quelle dei trattatisti: in quelle sono accennati più seccamente; nell'ordine della esposizione dei principii della scienza assumono il carattere di conseguenza, meglio che di principii, meglio di parti di nn tutto, che in vasto orizzonte, ed in mirabile armonia composto si schiera al pensiero, che di principii generatori del diritto, che nell'opera si svolge; nei lavori dei trattatisti al contrario si vede tenuto metro diverso: l'assioma è spesso considerato come il generatore del diritto, il fatto è chiamato a disamina per vedere fino a qual punto possa stare sotto il predominio e l'influenza di quel principio; il principio preso isolatamente senza la luce necessaria dei riflessi, assume spesso una importanza maggiore di quella che gli spetta; e di qui traggiamo un ulteriore argomento a dimostrare la necessità, che lo studio dei primi non sia per essere buono e perfetto, se non sia contemperato, predominato diremo così dallo studio dei secondi; che i commentatori e trattatisti in questa parte suprema della scienza tengono nell'indole dei loro lavori lo stesso metro che nella trattazione e svolgimento da essi assunti; cioè che nei primi è la vena larga ma limitata ai generali, la cui ragione deve essere svolta ed estesa per ulteriore lavorio del pensiero; nei secondi è la esplicazione e diremo così il catechismo delle dottrine dei primi, e l'applicazione ad infinite varietà dei casi che dai primi non poterono tampoco essere contemplati; e da questo fatto supremo trarremo nuovo argomento a conferma delle nostre osservazioni.

CAPO IV.

D) *Quale sia la vera qualità e natura delle nuove codicifazioni e qual giudizio se ne debba fare.*

Qui prima di tutto noi abbiamo bisogno di portare il nostro sguardo su questo fatto delle moderne legislazioni per vedere, se considerate storicamente, siano, come pretendono con non poca boria i moderni, un risultato della civiltà moderna, e se al contrario non siano, che la ripetizione o la continuazione di un fatto, che si è verificato in tutti i tempi, colla sola differenza che ai tempi nostri ha assunto una proporzione conveniente alla grandezza degli istituti politici, ed al più ampio e solenne svolgimento degli istituti civili. Ed è così veramente, ed è così ancora, che nelle moderne codicifazioni si riscontrano in egual proporzione ed i pregi ed i difetti delle leggi statutarie.

Ai tempi del medio evo le grandi questioni, che agitavano la giurisprudenza, e la impossibilità quindi di trovare assenzienti gli animi in una sola sentenza, da una parte, dall'altra le infinite divisioni e suddivisioni dei paesi, e le diversità dei costumi, le quali importavano diversità di opinioni, erano un ostacolo invincibile all'attuazione di una compiuta ed estesa legislazione; ed oltrechè gli uomini di quei tempi avrebbero trovato una difficoltà suprema nella redazione non solo della legge, ma nella creazione delle massime cardinali, e delle diverse discipline, che la debbono informare, trovarono anche nel fatto della legge romana e nei lavori degli interpreti una splendida norma per tutelare con sapienza e giustizia i loro interessi senza dar mano al rimpasto di quella legge, senza bisogno di riprodurla con nuove forme, siccome risultato del senno proprio; e fu supremo benefizio, poichè così evitarono di rimpicciolire e mutilare la vasta ragione del diritto, adattandola alla povertà delle idee, alla piccolezza degli Stati, evitarono di guastarla, riproducendola con la più confusa ed indigesta redazione, di quei tempi, in tutte le leggi e gli atti pubblici usata.

È però chiaro che, se da una parte le leggi statutarie mutarono col mutarsi ed aumentarsi della civiltà, dall'altra la giurisprudenza si aggravava di sottigliezze e difficoltà, specialmente nell'adattare

i dettati della legge romana alle diverse disposizioni del giure statutario, che in più o meno estesa scala ne erano suscettibili, si doveva di mano in mano estendere la legge statutaria, e darvi corpo, e quasi forma di Codice, per istabilire da una parte le massime del giure romano e comune, nelle quali i tempi nuovi si erano fatti pacifici, e scemando ai popoli le difficoltà che potevano nascere in forza delle autorità dei dottori, che avevano sostenuto opinione contraria, e togliere dall'altra quelle incertezze che la povera e pregiudicata ragione del giure statutario poteva avere introdotto nella giurisprudenza; e di qui ebbero origine gli statuti del secolo scorso, che per la loro estensione e perfezione assunsero poscia nel giudizio degli uomini il nome di Codice e furono, più che altrove, eccellenti in Italia (1); e per chi di quei tempi aveva fatto buon uso di profondi studi, e sapeva per esperienza e dottrina sceverare la parte buona, o rifiutata, o non buona della antecedente giurisprudenza, era fatto quanto si poteva meglio perchè i popoli avessero certezza di diritto, senza che si potessero credere, e si credessero in fatto rifiutati i dettati della scienza antica, e portate le nuove disposizioni legislative a tanta perfezione da comprendere nelle loro pagine tutta la dottrina antica e rendere inutile la troppo lunga e paziente ricerca dei loro volumi; bisogna però dire, che se in fatto i legislatori di quei tempi avevano altamente operato, i giurisprudenti e critici non si mostrarono tanto avanti negli studi e nella intelligenza delle nuove codicifazioni da poterle facilmente e prestamente porre in armonia colle vecchie discipline, perchè non poche di queste serbarono viva la loro efficacia anche nelle parti che si volevano e si dovevano voler abrogate, o lo furono intenzionalmente, non apertamente, dai legislatori: è bensì vero che i tribunali, a seconda dei vari casi sottoposti a

(1) Fra questi fu sopratutto eccellente e per ragione dei tempi meraviglioso quello pubblicato nell'anno 1771 da Francesco III duca di Modena, il quale se da una parte tolse di mezzo le ardue questioni che di quei tempi affaticarono la giurisprudenza, dall'altra incarnò nelle sue pagine alcune altre disposizioni che accennavano al prossimo mutamento della civiltà del secolo, volle non pertanto salvo il ricorso al comune diritto in tutti i casi dubbii o nelle sue prammatiche non risoluti, e anche in questa parte operò con altezza di intendimento. Al di là della parte, che si riferisce ai dettati di massima, gli ordinamenti processuali, relativamente ai tempi loro, sono opera di meravigliosa sapienza, e ne parlerò in seguito.

loro giudizio, poterono a sbalzi e, come si suol dire, a *grandi tratti*, segnare il nuovo confine tra l'antica e nuova giurisprudenza e le nuove leggi; e se, com'è ben naturale, non poterono con l'opera loro tenere le veci di un vasto e profondo libro critico che i tempi richiedevano (1), è non pertanto vero che si ebbero di quei tempi dotti e profondi giudicati, nei quali per lo più fu costante il ricorso alle dottrine dell'antica giurisprudenza e mirabile il senno, col quale vi furono innestati i risultati delle nuove teorie.

Questi statuti però, mentre da una parte corrispondevano alle nuove e potenti aspirazioni dei popoli, e a profondi miglioramenti sociali, dall'altra per la piccolezza degli Stati, nei quali erano proclamati, non potevano assumere l'importanza veramente grande, che avevano e non furono quindi che i lontani ed ignorati precursori della codicifazione dei nostri tempi (2); possiamo dire quindi, che questa non è che il seguito di quella, è opera più estesa e più complessa, ma non diversa; e come quella si riordinava, prendeva colore e norma dal diritto comune, non può non prenderla anche la legge presente: ma di ciò ad altro capo. Ci basta per ora aver ridotto a' suoi veri termini il fatto delle nuove codicifazioni.

(1) Fu mancanza d'ingegni addatti a fare simili lavori, fu effetto di disattenzione, o mancanza di volontà a darvi mano in egregi ingegni di quel tempo viventi; fu impossibilità di venire in questi moderni intondimenti, o meglio fu per la opinione preconcetta che questi studii fossero del tutto inutili ed immaturi, che tali libri difettassero allora? È difficile dare apposita risposta; a noi però sembra, che il difetto di tali libri, meglio dalla ultima che dalle tre prime cause si debba ripetere, dacchè, essendo tutti pasciuti nelle vecchie dottrine, dovevano prestamente credere facile a ciascuno vedere, dove fossero ancor vive, e si dovessero ancora, o no, seguire. Ed è fenomeno costante dello spirito umano, che quando non sono la filosofia e la critica quelle, che precedono e preparano l'opera dei legislatori, si questi prevengono l'opera loro, e danno corpo a leggi e discipline non anco da quelle immaginate o predicate, che l'opera della analisi e della critica è assai più lenta a svolgersi, e non dà sempre buoni e maturi frutti.

(2) Le codificazioni sono nate da un alto concetto della unificazione nazionale, come abbiamo già accennato, in Francia, e governativa in Austria; nei piccoli Stati furono spesso effetto dello istinto d'imitazione, per l'amore di essere a livello delle grandi Nazioni; forse la Francia, se non sentiva il bisogno d'unificare la Nazione, non faceva i Codici, come non li ha fatti e non li farà l'Inghilterra, perchè non ne sente, e non ha bisogno di farlo.

CAPO V.

E) *Se la giurisprudenza si possa dire in massima parte così trasfusa e raccolta nei Codici moderni da rendere inutile il ricorso ai volumi della medesima.*

Certamente se si potesse dire trasfusa tutta la sapienza antica nei moderni Codici, almeno in quelle parti, in cui la giurisprudenza è pacifica, codesto nostro lavoro si potrebbe, a dir vero, almeno per questa parte ritenere inutile; ed è quindi troppo facile a tutti argomentare, che io così non penso, dacchè non avrei proposto il ritorno agli studi della sapienza antica, se la moderna bastasse; ma la questione, indipendentemente da quello che io intendo, doveva essere proposta, poichè si tratta di dar ragione, con essa, dei principii fondamentali del mio lavoro, di stabilire alcune massime generali, che devono portare tutto il peso della loro influenza nella trattazione del medesimo.

Ora è egli mai possibile, che i dettati della legge, per quanto sia estesa, possono comprendere, o implicitamente, od esplicitamente entro l'ambito di poche parole gli estremi per risolvere tutte le questioni! Nessuno vorrà dire che sì; nessuno vorrà anche negare, che la legge non sia più perfetta laddove sia breve ed economica nelle parole, le quali per la generalità loro si possano estendere a molteplici casi mercè la finezza e la costante opera della giurisprudenza, senza che discenda mai agli speciali delle ipotesi e dei fatti; e però due sole osservazioni basteranno allo svolgimento del nostro concetto.

L'una; che le parole della legge, per quanto siano estese, non possono non lasciar luogo ad una continua e costante interpretazione, sia che si vogliano usate nel loro significato linguistico, sia che si vogliano guardare secondo il significato del comunale discorso; sicchè è sempre luogo ad esaminare e discutere quale ne sia il più preciso significato, e quale possa avere a seconda della varietà dei casi.

L'altra; che nella infinita varietà dei casi è quasi impossibile che tutto appaia così perfettamente compreso sotto una determinata o generale o speciale disposizione della legge, che non possa restar

dubbio sulla interpretazione della legge stessa, e non si faccia luogo a discutere sul modo di esplicare e il fatto, e la legge, e porre in armonia l'una cosa coll'altra.

Ora se la nuda e semplice parola della legge non basta, perchè si possa con sicurezza applicare alla varietà dei casi, che nè può e deve avvenire? O creare una giurisprudenza nuova sulla legge nuova, o attenersi in parte alla giurisprudenza antica: creare una giurisprudenza nuova può essere possibile certo, benchè difficoltosa opera sia; sarebbe anzi necessario, se non si potesse provvedere altrimenti alla bisogna, ma se è possibile, sarà poi certo, che essa non rifaccia il lavoro della giurisprudenza antica? Pare a noi certo che no: poichè, o guardiamo alle parole, e la giurisprudenza antica le ha vagliate, abburattate, ne ha dato il significato sotto i più svariati aspetti; e questa è tale scienza che è affatto imperitura: o guardiamo alla varietà dei casi, e la giurisprudenza antica certamente nel lungo periodo della sua vita di secoli, ne ha creati, ha trovati, ha posti a confronto, ha risoluti un'infinità senza numero; ha nel lungo attrito della disamina di questi fatti saputo creare una dottrina generale, vastissima, che si adatta a tutti i casi, a tutte le condizioni.

Ora se è impossibile che la legge comprenda tutti i casi; se la legge a lungo andare non vesta, che una semplice tessitura sulla quale ordisce la giurisprudenza, e questa infatto poi deve assumere la importanza e l'ufficio che le spetta: chi può dubitare che non sia meglio accettare il già fatto, valersi delle esperienze altrui, che proceder oltre con errori ed esperienze nuove, fonti di continue contestazioni per arrivare poi là, dove è giunta la giurisprudenza antica!

Nè si può dire in proposito che i casi risoluti dalla vecchia giurisprudenza si riferiscono a rapporti, che hanno un colore molto diverso da quello dei tempi nostri; che le parole legali o giuridiche, e quelle del comunale discorso sono in gran parte mutate, ed hanno mutato significato, e non si può valere degli studi passati per intendere la legge presente. I contratti, i fatti, come i torti e le ragioni degli uomini sono sempre eguali: quanto alle parole poi è ben vero, che di molto è cambiato il significato; è vero che parole nuove sono sostituite alle antiche; ma nei rapporti col giure il significato delle parole nuove è uguale al significato di quelle, che

Digitized by Google

sono abrogato, e perciò l'opera scientifica della giurisprudenza, per chi ben vegga, per questa parte non cessa.

Ora, o fare della legge dei volumi ben più estesi di quelli di Giustiniano, locchè a dir vero è impossibile, o fare una giurisprudenza nuova, se con senno, imitatrice e riproduttrice dell'antica, se senza dottrina o studio, erronea e tale da ripugnare alla ragione e rendere sempre più grave e difficile la conservazione dello spirito e della ragione delle nuove leggi, o valersi della giurisprudenza antica, ed accettarla come uno degli alti benefizi consentiti a questa nostra tanto vantata civiltà, un patrimonio lasciatoci dai nostri maggiori, e che nessuno può toglierci: però fra queste due vie niuno vorrà dubitare che non sia a preferirsi la seconda.

A questo si aggiunge un altro supremo argomento: i Codici moderni sono la deduzione delle antiche dottrine, lo abbiamo già detto, ora come si potranno intendere questi, se quella non si studia? Si vorrà studiare la legge da sè, mentre dal passato se ne può aver sussidio chiaro e sincero, mentre colla scorta del passato si è certi di poterla meglio conoscere e interpretare? Si potrebbe dire, che appunto, perchè le legislazioni moderne sono la riproduzione dell'antica sapienza, sia inutile il ricorso alla medesima: ma è impossibile, che una legge, la quale non fissa che gli estremi generici delle cose, possa contenere specificamente, così come virtualmente contiene mai sempre, la risoluzione di tutti i casi! Nessuno, come dicemmo, vorrà crederlo; e di qui si deduce come sia quindi indispensabile per questo appunto il ricorso alla dottrina antica, se pure non si voglia vantare l'ignoranza, o imbarbarire per tentare poscia i rimedi contrari, e le fatiche adoperate, per tornare alla sapienza vera.

Sotto questo aspetto le leggi moderne, come le antiche, e se si può dire così, meglio che le antiche, non sono che discipline adottate per fissare i limiti della giurisprudenza, in quanto il legislatore, deducendo da essa la legge, l'adotta per intero, modificandola solo nei casi, nei quali muta, aggiunge, abroga in parte le discipline legislative. Appare in base di questo semplice riflesso, che non si può ripudiare la scienza antica senza disconoscere a un tempo la ragione della nuova legge, nè formare una giurisprudenza nuova, che sia da quella diversa.

Digitized by Google

CAPO VI.

F) *Del merito dei libri antichi per ciò che riguarda i progressi della scienza e del difetto affacciato agli scrittori antichi di ripetersi continuamente l'un l'altro.*

Si è detto anche da uomini molto dotti e profondi non solo in giurisprudenza, ma sì in istoria e filosofia, che gli scrittori in materie legali del medio evo si sono ricopiati l'un l'altro di continuo, hanno ripetuto tutte le stesse cose, e non rare volte con uno stesso accento secco ed arido, colle stesse parole, sicchè, lettone uno, è come averli letti tutti; e in verità questa osservazione è giustissima; ma di questo fatto costante, proprio di uomini dottissimi e sagacissimi, vorremo noi farne giudizio come di un difetto loro? O invece non dovremmo dire che, così facendo per ciò che riguarda l'opera loro, adempirono ad una necessità indeclinabile, per ciò che riguarda la scienza, adempirono esattamente il còmpito loro.

Poche osservazioni basteranno a mostrare, che questo fatto non si può apporre a difetto degli scrittori; si deve considerare come uno degli elementi indispensabili della scienza legale.

In ogni ramo delle scienze umane, gli scritti, come le sentenze degli uomini, sotto due aspetti sono buone e profittevoli alla società; il primo, in quanto manifestano dottrine nuove, e si creano sistemi più atti a giovare gli istituti sociali e la ragione civile dei popoli, e noi possiamo chiamarlo a ragione merito assoluto; il secondo, in quanto si concorre colla propria autorità e col proprio senno, od a confermare una opinione di un altro, sulla quale per avventura il giudizio pubblico non fosse ancora pacifico, od a presentare, a sostegno del medesimo, nuovi argomenti e ragioni, che valessero a renderla più credibile, o servissero comunemente a porla vieppiù in luce, e che noi chiameremo di un merito di riflessione, o relativo.

Non parleremo del merito dei libri del primo genere, che sono sempre pochi, come cosa aliena del nostro istituto: parleremo in breve del merito dei secondi, come cosa, che fa per eccellenza all'indole dei nostri studi; cotesti libri si possono del pari guardare sotto duplice aspetto, l'uno assoluto, l'altro relativo.

Merito assoluto e grande in questi rare volte rifulge (se ne togli

quelli, nei quali con maggiore esattezza, con più estesa dottrina, con maggior profondità sono svolti i dettati e le dottrine comuni, in quanto si trova in essi quella forza di persuasione che negl'altri invano si ricerca), poichè essi non servono che a diffondere e conservare la fede ad una dottrina, di cui la società e la scienza è già in possesso; e molte volte, a dir vero, e per molti degli scrittori di questo genere si potrebbe dire, ed a ragione, che si è scritto troppo lungamente per quel che si voleva, poteva e sapeva dire; che il più delle volte si sarebbe fatto da essi opera egualmente profittevole alla società, se in poche pagine, accennate le poche divergenze di opinioni, che per avventura si avessero, si fosse detto con una sola parola, e in poche pagine, che si confermavano e si avevano per vere le dottrine degli altri scrittori, alla opinione dei quali si voleva fare corredo ed appoggio; e non si può per molte buone ragioni negare che questo consiglio non si fosse potuto dare (se i posteri potessero consigliare i loro maggiori) a molti e molti degli scrittori di diritto comune dei secoli scorsi.

Ma se non rifulge in essi merito assoluto (lasciato a parte quanto abbiam detto or ora), dacchè dal fatto di una possibile maggior perfezione, che si desidera e si intravede, non si può dire, che fosse imperfetta l'opera condotta a fine con sistema e metro diverso (quando in fatto otteneva gli stessi risultati) non si può dubitare, che in essi non risplenda mai sempre un merito relativo; in quanto si serve a confermare una teoria svolta in antecedenza, si concorre a stabilire il fatto di una opinione uniforme, costante in una scienza, la quale, più che le altre tutte, vive di autorità, non esiste che per l'autorità; e sotto questo aspetto la quantità dei libri è la prova dello studio indefesso e della bontà della opinione e della dottrina, in quanto appunto emana da uno studio indefesso per iscoprire, e far trionfare un vero, nel quale si riposa, quando la mente umana cerca di addurre ragioni a ragioni a favore di alcun dettato giuridico, e lo discute a lungo, e lo fa sempre per vincere o nuovi o antichi errori; e quando anche non riesca a dire cose nuove, non sappia uscire dalla sfera di determinate idee, solo per questo, che con animo retto, con mente serena concorre colla conferma dei dettati stessi dà, se non prova, almeno argomento efficacissimo della di lui bontà e giova all'incremento della scienza, all'opera della giustizia.

Noi dobbiamo quindi esaminare cotesto fatto alla stregua di queste alte considerazioni, le quali ci mettono in grado di fare un giusto giudizio di questo prodigioso concorso di tanti scrittori in determinate idee, e della utilità ed incremento recato alla scienza colle stesse loro ripetizioni. Non si può del resto, entrando col pensiero nella ragione di questo fatto, non fare un'ulteriore osservazione che pone viemeglio in luce quanto abbiamo detto: a' tempi nostri gli scritti antichi, che si schierano avanti tutti ad una volta come in vasto orizzonte, ci paiono quasi rifatti colla stessa penna, plasmati colla stessa maniera di vedere, ci paiono un'opera, diremo così, di una stessa persona, ci danno l'idea di una prodigalità spaventosa di libri e per di più, tutti eguali; ma non era così di que' tempi; per farsi una vera idea di questo fenomeno, non bisogna esaminare la cosa nella sua generalità alla stregua della uniformità, che appunto in questa generalità presenta per noi; sì invece occorre aver riguardo alla varietà delle scuole, che di quel tempo lottarono tra loro, alle differenze che in religione, in politica, in filosofia, in morale, in giurisprudenza, esistevano pure tra uomo e uomo, tra scuola e scuola, (le quali differenze in parte non apparivano che di sbieco, in parte si volevano celare, mentre pure si lasciavano apparire); bisogna aver riguardo al fatto, che queste differenze minime tenevano occupati gli spiriti, davano luogo a molte riflessioni, a molte dubbietà di que' tempi, mentre per noi appena ce ne accorgiamo, dopo lunghe e mature indagini per comprenderle: bisogna aver riguardo alla maggiore evidenza delle parole, alle più profonde osservazioni, che da secolo a secolo, progredendo la scienza nelle stesse materie, venivano fatte, alla varietà del linguaggio, che riproducendo la stessa opinione, la coloriva in modo da renderla più facile alla intelligenza comune; e però erra di gran lunga chi si permette esaminare queste dottrine e questi libri in cumulo, senza tener l'occhio alla distanza dei tempi, nei quali erano elaborati (e che dà ampia ragione di quelle riproduzioni di una stessa dottrina) poichè la lunghezza dei tempi decorsi dalla produzione di un libro alla produzione di un altro, la rendevano necessaria; alle minime varietà, che militavano in giurisprudenza da secolo a secolo; alla necessità, in cui erano gli scrittori di riprodurre di mano in mano negli studi, che si facevano, le vecchie dottrine per le debite conferme, per i necessari riscontri, a tutela del proprio detto, per soddisfare al giusto ed elevato sen-

timento, che loro imponeva di ricondurre sempre gli studi alle loro origini. Essi bene intravedevano, come a lungo andare non riprodotte dottrine ed. opinioni vere si perdono e si dimenticano, si guastano contorni e lineamenti: come gli uomini amano meglio studiare i libri dei loro tempi, che i passati, siccome quelli, che nella riproduzione delle idee, nelle forme, colle quali si espongono, nel colorito col quale si lumeggiano, corrispondono meglio al loro modo di sentire, e tal volta così facendo perdono di vista i concetti generali non rare volte taciuti, perchè presupposti nelle opere, che sorgono dopo lungo periodo di tempo, da che una stessa idea è stata discussa ed affermata vera; e trovarono necessario, come noi di presente in questo nostro lavoro, richiamare la scienza ai suoi principii; e se quindi col pensiero noi saliamo la scala dei secoli, nei quali si sono prodotti tanti libri di giurisprudenza splendida, ma tanto uniforme che l'un libro sembra talvolta la riproduzione di un altro, vedremo che apporre tale ripetizione a difetto, è piuttosto una conseguenza del nostro modo di vedere, è un errore nostro, che un difetto di quelli scrittori.

Oltre a ciò se noi per avventura paragoniamo il numero delle opere legali, che ci sono pervenute per l'ambito di quattro o cinque secoli, con quelle che si sono pubblicate in Europa a delucidazione e commento dei nuovi Codici, che è quanto dire per poco più di mezzo secolo, vedremmo che le opere legali di quei tempi erano di gran lunga inferiori di numero a quelle che si producono ora; non si creavano e davano in luce che a sufficienti intervalli, salvo ben inteso il caso non infrequente di illustri contemporanei, d'onde la necessità, negli scrittori, di riconfortare la propria opinione su quella degli antichi, e per gli studiosi, di richiamare la dottrina alle sue vere fonti, e togliere, che la dottrina più antica diventasse una lettera morta.

Che se del resto vogliamo portare a riscontro l'opera della giurisprudenza dei tempi nostri, i commenti, i trattati fatti sulle nuove legislazioni (lasciando a parte ora per parlare in seguito, se siano una riproduzione più o meno buona della maggior parte dei dettati della giurisprudenza antica) forse che non si ha costantemente con la stessa importanza e cogli stessi ottimi effetti la riproduzione di quel fenomeno? Forse che i moderni scrittori non si ricopiano, se il ripetere la stessa dottrina è un ricopiare? Forse che non ten-

gono lo stesso sistema, non si citano l'un l'altro a sostegno rispettivo delle loro opinioni? Forse ai tempi nostri, ed avvocati, e tribunali non accettano con più viva confidenza una opinione, perchè appunto tutti gli scrittori concorrono colla loro autorità a confermarla, non si peritano a riceverla se sia l'opera di un solo scrittore, tuttochè per avventura molto illustre? Che se alcuna fiata si vede in qualche scrittore moderno qualche opinione, o complicata, o nuova, o contraddetta da altri, si crede forse che sia un privilegio della maggiore acutezza di mente o indipendenza degli animi, e che altrettanto non avvenisse anche nel passato? Solo che i volumi antichi si studiassero, si vedrebbe, che lo spirito umano è sempre conforme a sè e sempre uguale è la ragione degli studi; che queste singolarità si verificavano anche allora, e che il concorso degli studiosi in una stessa opinione è quello appunto, che fa la dottrina.

Indipendentemente poi da queste osservazioni cardinali (che si attengono ad un ordine forse troppo generale e filosofico), chi credesse opportuno e volesse dar mano a raccogliere le diverse opinioni degli scrittori in una data materia, e portarla a confronto fra loro vedrebbe, che pure tra questi esistono delle cardinali differenze; che molte furono le opinioni sostenute virilmente da determinati scrittori e scuole, che furono combattute e vinte e tolte di mezzo, molte che non furono vinte mai, quantunque non avessero a loro sostegno che minor numero di dottori, o dottori meno accreditati di quelli, che sostenevano la contraria; e che in ogni modo non ostante tanto dibattersi, le opinioni pacifiche non erano molte, per lo meno non erano sufficienti a togliere, che i tribunali non errassero nelle loro applicazioni: e lo studio delle decisioni di quei tempi basta a mostrare la verità di questa nostra tanto importante osservazione.

È quindi manifesto che questo preteso ricopiare degl'uni dagli altri non esiste così pienamente come si pretende, non solo non fu inutile, ma in molti casi si rese per eccellenza necessario; che se da una parte gli antichi con indici copiosi e ragionati diedero facoltà di poter meglio e più sicuramente studiare i loro volumi, e ricercarne le opinioni a seconda della varietà dei casi occorsi (1): dall'altra

(1) I moderni in questa parte non hanno ancora raggiunta la perfezione degli antichi, ma (torno a dire il vero) non ne hanno anche bisogno, e gli indici così

non basterebbe certo ad alcuno studiare le opere di uno o due soli scrittori di materie legali per avere piena conoscenza dei dettati del diritto comune e di quella estesa giurisprudenza che deve tornare, per necessità di cose a regolare l'interpretazione dei contratti e dei fatti umani; si può trarre un'ulteriore conchiusione, che questo preteso difetto non esiste, che la coscienza degli studiosi non lo ammette, giacchè in caso contrario si verrebbe facilmente nel concetto che uno solo fra gli scrittori bastasse per tutti, locchè per certo da nessuno si ammette o si può ammettere.

CAPO VII.

G) *Se classando in un ordine razionale e critico gli scritti antichi, si possa far chiaro quali siano le parti degli antichi libri che, riferendosi a leggi, prammatiche, statuti e costumi diversi, non possono più immedesimarsi col giure moderno, nè avere alcuna importanza per la esplicazione od applicazione delle nostre leggi, e conseguentemente a ciò raffermare il giudizio sugli scritti, che contengono le pure e gravi dottrine del giure, perchè la mente specialmente dei giovani, abbia una direzione ed un metodo di studiare, atti a far sì, che con minore difficoltà si possano impadronire dei dettati dell'antica dottrina, e comprenderne l'estensione e la grandezza.*

Riproduciamo qui una questione, che abbiamo già in antecedenza proposta in via per lo meno incidentale, e potremmo quasi dire, almeno indirettamente, risoluta; ma lo facciamo e perchè lo vuole l'indole del lavoro all'intento, che sia trattato colla maggiore accuratezza possibile, e perchè è opportuno qui specialmente richiamare al pensiero dei nostri lettori come sia facile, classando gli scrittori antichi, dar mano a che siano studiati ed intesi.

Un benemerito scrittore antico, vogliamo dire, il Sabellio, trat-

copiosi sarebbero per noi un errore, per lo meno una superfluità: la legge tiene luogo d'indice; colla legge alla mano si trovano presto in qualunque opera legale le risoluzioni, che fanno alla bisogna.

tando diverse materie del giure, ebbe il saggio pensiero di accennare agli studiosi, quelli fra gli scrittori di diritto comune che avevano trattato con più eccellenza ed estensione una determinata parte del medesimo: volendo facilitare, specialmente per gli inesperti, lo studio del diritto vivente, egli tenne un metodo che non poteva essere, nè diverso, nè migliore: ma ai tempi nostri, per quel che abbiamo creduto, questo metodo non si potrebbe in nessun modo tenere, perchè non scemerebbe allo studio le difficoltà che si hanno di presente, approfittando pur anche di questo suo ottimo indice.

Ai tempi nostri occorrerebbe una tessera di tutti gli scrittori di materie giuridiche concepito secondo il sistema già da noi indicato e diviso in quattro specchi.

Nel primo si dovrebbe contenere l'indice dei decidenti e delle opere loro.

Nel secondo dei consulenti.

Nel terzo dei trattatisti.

Nel quarto dei commentatori.

Lasciato a parte i decidenti per quello che abbiamo già detto, per tutti gli altri scrittori, si dovrebbe dare un sunto delle opere loro ordinate per materie, accennando per ciascuno, e alle parti del giure, nelle quali precelle, e alle materie, che non corrispondono più ai nostri tempi.

Un libro di questo genere, agevolando lo studio della sapienza antica, servirebbe allo scopo del nostro lavoro ed allo studio dei giovani, diremo anzi, riescirebbe una parte integrante di questo stesso nostro lavoro.

La difficoltà maggiore nella redazione di un libro di questo genere starebbe nel collocare in diverso ordine e sotto diverse materie e rubriche, i cenni sulle opere di eccellentissimi scrittori che in breve hanno trattato quasi l'intero giure, come il De Luca, il Donello; ma chi non vede che gli studi speciali dei trattatisti basterebbero per sè a mettere in grado gli studiosi di ricorrere alle fonti di questi scrittori, sebbene per avventura non ne fossero fatte che generiche indicazioni per accennare di continuo alla eccellenza delle opere loro.

Però basteranno in questa materia i semplici cenni ora fatti in adempimento del nostro assunto, mentre poi essa ci fa scala a trat-

Digitized by Google

tare di una materia anche più vasta ed importante, vogliamo dire degli aforismi legali.

CAPO VIII.

II) *Sulla vera natura e qualità degli aforismi legali, che sono ora il riassunto della dottrina antica, ora la base sulla quale si edificarono antiche teorie, onde distinguere quelle che sono proprie di una sapienza eterna, da quelle che sono proprie o di errori invalsi nelle leggi e nei costumi, o di contingenze racchiuse nella cerchia del passato, e che non si possono più avere per buone ed inefficaci ai tempi nostri; e ricostituendo così i principii generali del giure nei rapporti colla sapienza antica, mettersi in grado di fissarne nei rapporti cogli studi e le leggi attuali, e la naturale estensione, e le giuste eccezioni, e i necessari limiti.*

Sulla vera natura e qualità di questa importante materia abbiamo già fatte alcune parole in antecedenza.

Fu già detto che la scienza medica sta tutta negli aforismi, e noi crediamo, che si possa dire altrettanto della scienza legale; tutta la difficoltà consiste nel saper sceverare assiomi veri, che sono il risultato di una sapienza costante eterna, da quelle che sono il risultato o di errori del passato, o di errori presenti, o di leggi, o di costituzioni che hanno cessato di esistere, o di leggi nuove, considerate erronee e che non possono a lungo durare; di di errori, che trasfusi nei libri dell'antica sapienza, non rare volte sono accettati anche dagli scrittori moderni, in quanto per la loro generalità paiono applicabili ad una quantità indefinita di casi pratici, ai quali non si possono sempre applicare; di errori che sono la conseguenza del nuovo stadio di civiltà, nel quale ci troviamo, e che paiono una deduzione indeclinabile della legge, mentre sono non rare fiate, che la conseguenza di una falsa intelligenza della medesima, dedotta appunto dalla ignoranza della giurisprudenza vera: ora è pregio dell'opera instituire uno studio critico di questi assiomi, ordinarli, distinguerli, dichiarare quali si possono avere per buoni, quali si possono avere per falsi, far ragione

con questo mezzo ancora dei libri e delle parti del giure antico che si devono accettare, da quelle che, come erronee, si devono ripudiare. Un libro di questo genere sarebbe essenzialmente una parte integrante del nostro lavoro, e nell'insieme riescirebbe sì di poca mole, ma per eccellenza esteso e profondo nelle dottrine da lui sancite; se non che noi non possiamo farne, che pochi cenni.

In tutte le scienze gl'ingegni accurati hanno cercato di regolare gli assiomi: molti, di porli a capo dei lavori, come nelle matematiche, molti, a tergo come nella giurisprudenza, e a ragione, perchè in questa parte i veri che si dicono assiomi non sono che il risultato delle deduzioni, che sulle leggi crea la giurisprudenza, e devono perciò essere collocati dopo che sono svolti i dettati dai quali, come risultato supremo, sono dedotti. Giustiniano sentì specialmente il bisogno di riassumere i dettati del giure che egli comprendeva e riepilogava ed ordinava nel suo ultimo titolo *de Regulis Juris*, e il suo fatto è una dimostrazione evidente della giustezza delle nostre osservazioni.

Presupposto pertanto, che sia opera della scienza procedere per via di assiomi: che la sapienza antica ne abbia alcuni omai fatti diformi ed impossibili colla civiltà nostra e tali da essere ripudiati; crediamo che lo studioso, o chiunque voglia dar mano ad un lavoro di questo genere, debba distinguere gli assiomi romani da quelli del diritto comune, accettare quasi integralmente i primi, vagliare i secondi, e sceverarli a seconda dei casi.

Questi assiomi poi dovrebbero essere ordinati in modo del tutto razionale, sicchè l'uno sia la ragione dell'altro, e ponendoli a confronto nella apparente loro contraddizione, si possa riuscir certi anche, senza bisogno di molta penetrazione, come non si contraddicano in effetto, diversamente da quello, che si va dichiarando da certi ingegni volgari, poco atti a comprenderne la generalità, a distinguere cosa da cosa, e farne ragione; così, a mo' di dire, si potrebbero ordinare quelli che si riferiscono alle leggi e loro interpretazione; quelli che fanno alle convenzioni in genere ed ai contratti in specie; quelli che si riferiscono alle interpretazioni degli atti di ultima volontà; al di là di questi starebbero quelli relativi al possesso, al dominio dei beni stabili e mobili, alle prescrizioni, alle servitù; e non si può dubitare, che con senno non

si potessero ordinare in modo che vi fosse a sufficienza chiarezza e connessità tra loro.

Non dissimuliamo a noi stessi, come quest'ordine difficilmente si possa dare, come gli assiomi formino un tutto, che rare volte si può dividere e distinguere, non rare fiate ha l'apparenza della contraddizione; ma è certo che quest'ordine gioverà agli studiosi, e per la intelligenza dei libri antichi, e per l'applicazione delle dottrine legali ai fatti in questione, e saranno la più sicura face per chiunque, con animo forte e confidente, ricerchi i dettati della vera sapienza. Che se poi si ponga la mente da una parte al fatto di Giustiniano e degli antichi, che a corredo degl'immensi loro concetti, plasmarono e ordinarono gli aforismi, siccome l'alto e supremo loro risultato, dall'altra al fatto veramente singolare della scienza nuova, che mancando assolutamente del loro corredo, mostra di subire la necessità di tornare ai medesimi e frattanto ne crea degli altri, ricorrendo alle nude parole della legge per aver pure alcuna direzione nella difficoltà che di continuo incontra nella sua via, si avrà un'ulteriore prova, se pur non si ami meglio dire, esperienza, sulla verità e giustezza del nostro dettato.

Stabiliamo quindi come massima cardinale, che non può essere giurisprudenza e dottrina, laddove non sia principalmente ordinata per aforismi, non può essere giureconsulto senza aver piena la mente dei medesimi, non si possono conoscere gli aforismi e possederli nella loro integrità, che deducendoli dai volumi dell'antica sapienza, non si possono dedurre con profitto che, meditandoli e distinguendoli, per applicarli poi ai fatti conforme quel supremo dettato, che tutto in sè comprende, che dà mano a spiegar tutto, a risolvere ogni questione conforme a giustizia, cioè, che dal fatto nasce il diritto.

Noi del resto nella trattazione di ciascuna parte del nostro lavoro vedremo di assegnare alcune pagine agli aforismi, onde secondo che a noi pare, siano meglio delineati i contorni, determinati i caratteri, assegnati i limiti a ciascuno spettanti.

Digitized by Google

CAPO IX.

I) *Qual sia il metodo che in ogni questione pratica si deve tenere per riescire allo scopo di svolgere, intendere ed applicare la sapienza passata ai dettati della legge presente.*

Qui avremmo a fare ben poche parole, poichè in tanti scritti è così altamente trattata questa materia, che potremmo, meglio che parlarne, per noi, rimettere gli studiosi ai volumi altrui.

Premesso, che per riescire a crearsi un metodo largo e sicuro di studi, bisogna già avere corredata la mente di forti e profonde dottrine, giacchè allora solo si può essere certo di non essere tratto in inganno dalla apparenza, allora solo si è messi in grado di evitare gli effetti delle prime erronee impressioni, d'intravedere il lato piano e difficile della questione, e ricorrere alle fonti vere del diritto, per comprenderla e risolverla; pare a noi, che a bene governarsi in così fatta materia, esaminato a fondo il fatto e la speciale disposizione della legge, che pare in sè comprenderlo, si debbano fare due semplici riscontri: l'uno, relativo ai fonti, dai quali si vuol dedotta la legge nuova per averne la ragione e la più sicura interpretazione; l'altro, relativo agli aforismi, che paiono meglio in sè comprendere la specialità del fatto e della disposizione della legge, per poter indi avere ricorso ai dettati del diritto romano, ai commentatori più chiari del medesimo, ed ai pochi trattatisti delle materie stesse, per essere certi di porre per tal modo in armonia la legge nuova colla sapienza antica, e di risolvere la questione secondo la ragione del fatto, che è quanto dire, conforme al diritto ed alla giustizia.

Qui cessa la prima parte di questi prolegomeni. Abbiamo noi intraveduto il vero, abbiamo dette cose necessarie, perchè si riesca alla perfezione degli studi; abbiamo esposti teoremi che meritassero d'esser detti, siccome nuovi ai tempi nostri, o di essere richiamati alla memoria siccome indebitamente ai tempi nostri dimenticati? E se anche qualche parte di vero brilla pure in questo nostro scritto, l'abbiamo saputo esporre e dimostrare così nitida-

mente, con tanto corredo di ragioni, con tanta esattezza di linguaggio, che i nostri lettori ne siano rimasti sinceramente convinti?

Tale è la questione grave e tormentosa che facciamo a noi stessi nel chiudere la prima parte del nostro lavoro. Certo la verità delle nostre opinioni, se verità in esse esiste, sarà meglio dimostrarla nei trattati speciali che avremmo a fare, laddove specialmente, parlando dei miglioramenti da introdursi nelle moderne leggi, mostreremo come sia necessario il ricorso alla sapienza antica per provvedere meglio alla larghezza e libertà del giure e del vivere civile: intanto ci giova fare questa osservazione, perchè i giudizi severi che si possono instituire sul nostro lavoro siano per lo meno sospesi fino a tanto, che il nostro concetto sia interamente sviluppato nelle parti successive.

Digitized by Google

PARTE SECONDA

Entrando in questa seconda parte dei nostri prolegomeni dobbiamo incominciare da una osservazione di tutta importanza, che servirà a spiegare da una parte il nostro intendimento, dall'altra a farci scudo contro i giudizi severi che possono essere fatti sul conto nostro, solo perchè non siamo per ammettere per vero quello, che alcuni pensano e vantano, degli istituti nostri. Tutte le opere che si fanno sulle istituzioni vigenti destano l'attenzione, commovono gli spiriti dei popoli, ora in senso favorevole, ora contrario a chi scrive, ora con giustizia, ora con ingiustizia verso chi censura; e la cosa procede tant'oltre in questa bisogna; lo spirito umano si mostra così ombroso, così diffidente, così tenace ed aspro sostenitore delle sue idee e delle istituzioni, che ne sono conseguenza, che non sono sempre la verità feconda di luce, o foriera di più felici mutamenti, e intesa e desiderata; sovente anzi è combattuta e come dannosa alla prosperità sociale ripudiata; infatti, o voi lodate gl'istituti, quali sono, senza occuparvi d'altro che di porli a riscontro cogli istituti più vecchi, colle consuetudini le più barocche del passato disfatte dalla presente civiltà, e potete dire le cose più rancide, più inutili, basta a mo' di dire che facciate una tirata contro i feudi fidecommessi, istituti ecclesiastici, perchè troviate sempre chi vi lodi, siccome un alto e degno scrittore: così ancora, quando lungi dal trovare perle ed oro tutto quello che si fa di presente, gridiate ai difetti, alle imperfezioni; accenniate ai bisogni in genere d'innovare e migliorare, confondendo, ed amalgamando insieme i difetti delle istituzioni, e gli errori di

coloro, che sono posti al governo delle medesime; e del pari per quell'innato sentimento di felicità che trae l'uomo a giocondarsi nell'aspetto del miglioramento (appunto, perchè i concetti vostri si svolgono in una vasta e sconfinata aspirazione al meglio, atta a destare più o meno distinti fantasmi di perfezionamento e di felicità avvenire), trovate facilmente lode di alto e nobile scrittore, poichè mostrate nobili e sublimi intendimenti, e questi trovano una vivace e forte corrispondenza nel cuore, sempre generoso, delle moltitudini. Ma se al contrario, nel mentre censurate il presente, ponete in evidenza i difetti delle istituzioni e gli errori di coloro che le governano; passando dall'astratto al concreto volete accennare ai rimedi da adottarsi, alle correzioni da introdursi; di due cose l'una, o voi evocate anche in minima parte le istituzioni o legali o amministrative che caddero sotto la forza dei politici rivolgimenti, se lungi anzi dall'evocare siffatte istituzioni, limitate pur solo l'opera vostra a mostrare. come si dovessero adottare istituti e discipline analoghe, tuttochè ordinate e nelle idee fondamentali, e nelle accessorie, e nelle discipline, colle quali si traducono ad atto, secondo i concetti della presente civiltà; e trovate facilmente gli animi avversi, per lo meno sospettosi abbastanza, per mettersi in diffidenza, che contro ragione voi careggiate un passato per grossi e molteplici errori vituperevole, per larghe e scoperte ingiustizie abbominevole; che sembra in tutto ad essi e per la vivacità di codesti sentimenti, e per l'universale dispregio, irrevocabile. E questa avversione e questa diffidenza fanno sì che i concetti vostri e le vostre proposte non siano sempre bene studiate, bene valutate ed intese; non rare volte anzi sieno considerate indegne di liberale scrittore, o per lo meno segno di occhi deboli, ed incapaci del tutto ad affrontare la splendida luce della civiltà presente.

Che se poi al di là di questo voi a sostituzione dei presenti sistemi immaginate nuovi istituti, o volete organare i presenti troppo radicalmente, estendete l'amore alle libertà e franchigie, sino a censurare, come indebite ed irrazionali le molte discipline, e i molti regolamenti, coi quali si crede infrenare e gli errori politici, e il delitto, e il vizio, cercando così, che i vani timori, le vane prevenzioni, le esagerate repressioni siano diminuite, nè di un punto solo passino in un arbitrario e falso esercizio di diritti, che la società non può avere; e se non siete giudicato severamente, come si è fatto alcuna

fiata, quale uomo, che in mala fede per ingiusti preconcetti, o per forza di brutte passioni siate tratto e a volere, e ad insinuare per lo meno l'amore all'impossibile, siete per lo meno giudicato come un vano e ridicolo utopista, che cercando l'ottimo nella sfera indefinita dell'idealismo, nel quale vi chiudete, perdete di vista la realtà delle cose e il meglio delle medesime, e fate giudizio delle cose degli uomini e delle discipline atte a governarle, in tutto diverso dal vero e dal possibile.

Ed io ho creduto di dover premettere queste osservazioni, perchè nei giudizi, che sono per dare, e nelle riforme che sono per proporre in molti degli istituti legali del nostro paese, da una parte dovrò accennare ad istituti abrogati per dimostrare, come organandoli modernamente, siano atti, molto più di alcuni tra i moderni, a provvedere alla tranquillità e sicurezza dei paesi; dall'altra, precorrendo col pensiero lo stadio dalla civiltà presente per preparare la via alla civiltà più grandiosa e più giusta dell'avvenire, dovrò provare come molti degli istituti presenti siano difettosi, come siano incompatibili le prevenzioni, in forza delle quali si sono adottate misure, che si risolvono in pene, o comunque in indebiti danni materiali, come siano esagerati i timori, freddi od apatici gli animi, le menti orgogliose troppo, per trovare giusta la misura, possibili i rimedi, che si vengano proponendo.

Ed era ragionevole, che, accingendomi ad opera, che avrebbe veramente dato luogo a giudizi diversi di sì diversa natura, io mostrassi come li avessi preveduti, e come solo la profonda convinzione, che la ragione ed il diritto stiano per me, poterono indurmi a far cosa tanto difficile e tanto grave, e che potrà portare sul mio capo largo tributo di censure.

CAPO I.

A) *Dei motivi che diedero luogo ad una nuova codicifazione in Europa.*

Parlando della Francia abbiamo già detto, come il motivo, in forza del quale si pensò a creare una nuova legge, fosse piuttosto politico che meramente legislativo; ed ora (riproducendo in parte

le osservazioni passate) dovremmo occuparci dei motivi, in forza dei quali e in Italia, e in Germania, e diremo apertamente, presso quasi tutti i popoli, si pensò a creare una nuova legislazione. Lasciando a parte, che uno dei principali moventi delle medesime fu appunto l'esempio della nazione francese (giacchè l'istinto della imitazione opera non solo nei fanciulli, ma sì negli uomini, non solo negli uomini, ma sì nelle nazioni) il quale tanto più vivamente ebbe ad influire nel principio del secolo in Europa, dacchè le glorie militari ed amministrative di Francia, la presenza delle armi francesi nelle terre degli altri popoli non poterono non lasciare alte e vive tracce delle loro idee e dei loro intendimenti nazionali; il vero motivo, pel quale si volle dar mano ad una nuova legislazione specialmente in Europa, fu il desiderio di dare unità di scopo e di mezzi alla legge; di togliere il funesto amalgama di leggi vecchie e nuove, di abolire affatto alcune leggi statutorie ancora vigenti, di regolare secondo determinati scopi alcune delle leggi moderne, di togliere di mezzo alcune delle dottrine di giurisprudenza antica che si credevano erronee e fatalmente prevalenti nei giudizi del foro, e negli scritti della giurisprudenza, e così avviare i popoli in una più serena e lieta condizione di legge, adatta ai rinnovamenti politici e legali, e soddisfare alla irrefrenata esigenza dei popoli intenti a voler tutto rinnovato e facilitato.

Fu quindi il principale motivo delle vigenti legislazioni europee quello stesso, che animò i legislatori nei secoli scorsi a regolare, ed ordinare in un corpo solo le precedenti leggi statutorie, abolendone alcune, riformandone altre, alcune creandone adatte ai tempi, siccome quelle delle manimorte, dei fedecomessi: così la codicifazione dei tempi nostri è la ripetizione di uno stesso concetto, di uno stesso fatto sociale, tuttochè per avventura pei grandi rivolgimenti sociali dei tempi, pei grandi mutamenti politici, necessariamente creatori di mutamenti nelle leggi civili ed amministrative, abbia presa una proporzione così vasta da togliere alle menti la facilità o possibilità a primo abbordo di trovarvi la storia e la ripetizione del passato, li abbia indotti a crederlo un fatto del tutto nuovo, non possibile, non concepibile prima; però era necessario fare codesta osservazione per due principalissimi argomenti; l'uno, che in sostanza i popoli seguitano per gli stessi motivi e sotto, diremo

così, la stessa forma, e con una continua ricorrenza in uno stesso sistema, nei loro progressi e miglioramenti sociali; l'altro che siccome (volendo pur dare un nuovo corpo di leggi) non si poteva nei Codici far meglio, che riprodurre le antiche dottrine per tutto ciò che riguardi le convenzioni in genere, ed i contratti in ispecie, ed altre molte materie dello stretto giure civile, era forse meglio, come abbiamo già detto, e saremmo per dimostrare più largamente or ora, che le nuove legislazioni si limitassero ad un campo più ristretto, lasciandolo intero alla dottrina antica nelle parti, nelle quali era pacifico, il suo impero.

Noi non vogliamo già negare, che non sia ottimo divisamento quello di dare ad una nazione un corpo unico di legge, e che la mente umana non debba lietamente riposare nel medesimo, come in un concetto di un'alta e nobile conquista; non vogliamo tampoco ammettere, che sostanzialmente per sè la nuova legislazione in forza delle ristrette parole, delle quali ha dovuto far uso, abbia direttamente per volontà sua, anzichè per errore altrui, nell'applicarla, ristretto il campo largo e solenne della scienza, in parte l'abbia derogata ed esclusa, come si pretende apertamente dalla scuola storica, mentre l'una cosa si può conciliare coll'altra: vogliamo solo accennare che, se il motivo delle nuove legislazioni nelle parti, in cui la giurisprudenza era pacifica, non fu una necessità in senso vero e proprio, non fu tampoco un alto e vero beneficio, dacchè, solleticando l'amor proprio e la vanità dei tempi, fu causa indiretta, e fino a un certo punto incolpevole, che gli uomini errassero dal vero, e meno abbeverandosi alle fonti vere della scienza, impicciolissero il concetto della legge, e creassero senza avvedersene l'ingiustizia e l'errore che e noi ed altri con noi, abbiamo già cominciato, e seguiteremmo a combattere, finchè nel regno della legge e del giure umano sia data alla scienza antica quel posto, che più le conviene.

Quest'ultimo cenno ci mette quasi, come necessaria conseguenza nella condizione di indagare la intima ragione.

Digitized by Google

CAPO II.

B) *Dei motivi in forza dei quali al comparire dei nuovi Codici ebbero a smettersi gli studi degli antichi volumi.*

Da una parte era creata la necessità di studiare ed esaminare con le più accurate indagini il senso filologico delle parole, e le regole della logica per interpretare ed applicare l'articolo di legge, sotto il quale si credeva compresa una data questione: ed i riscontri tra i diversi articoli di legge, le decisioni delle Corti supreme, i commenti ai nuovi Codici, i confronti con altre legislazioni, e gli studi, sui motivi che diedero luogo alla redazione dei Codici, vennero ad occupare sifattamente e il tempo e la mente degli studiosi, che, poco tempo restando a scorrere gli antichi volumi, si amava attenersi piuttosto agli studi nuovi, che ai vecchi; sostituire la ragione creatrice della nuova legge agli studi vasti ed indeterminati, che si sapevano svolti nelle grandi opere della giurisprudenza antica; dall'altra, avvezzata la mente alla ristrettezza delle parole della legge e costretta ad occuparsi costantemente della secca ed arida interpretazione di queste, come accade mai sempre, laddove la scienza non si è ancora sostituita alla legge; disviata dai nuovi lavori di giurisprudenza che più spesso a torto, che a ragione, ebbero a mettere in discredito libri antichi, dettati ed aforismi delle scuole antiche, furono per lo meno occasione che meno si pregiassero; messa nella necessità di condurre più rapidamente a fine le processure e gli studi, e molte volte ancora a provvedere, per la fretta colla sola scorta del nudo articolo di legge, o per trattar cause, o per proferire sentenze; e conseguentemente tratta col tempo a non sentire il bisogno di ricorrere alla vecchia dottrina; legata allo *statu quo* della scienza del giorno come per forza di inerzia o di abitudine, si ritenne esente e sciolto dalla necessità di ricorrere ai volumi antichi, come cosa patentemente inutile; e il difetto va tant'oltre in proposito, che omai si passano in rassegna gli elenchi dei molti libri legali solo per cercarne dei nuovi, e questi fanno appieno mettere gli antichi in dimenticanza.

E qui non si vuol negare, che i libri nuovi non siano e non possano essere ottimi, sia che, si guardino assolutamente in se stessi,

sia che relativamente, nei rapporti, cioè, dei bisogni dei popoli, ai quali sono date leggi nuove (1), e perchè servono per lo meno ad esplicazione dello spirito che le informa, e perchè ad ogni modo si può nei mutamenti, che la progrediente civiltà importa nelle condizioni dei popoli, portare più larghe viste nell'interpretazione delle leggi e preparare il campo a nuovi perfezionamenti nelle medesime; ma non si vuol tampoco negare che la scienza nelle materie che non si possono mutare, siccome a mo' di dire, in quelle delle convenzioni e dei contratti, non sia assai più vasta e larga nei libri antichi che nei nuovi, non fosse per altro, che perciò, che le questioni in quella furono più estese, variate, non interrotte da secolo a secolo, e più a lungo dibattute, mentre in queste al contrario si sta di sovente troppo attaccati e ristretti alle nude parole della legge, perchè si possa poggiare a tanta altezza; e non si può tacere un fatto, che in via di esperienza serva a giustificazione di cotesta nostra opinione, questo, cioè, che non rare volte i grandi trattati dei tempi nostri, pei quali alcuni scrittori acquistano nome di creatori e maestri di grandi e larghe dottrine, non siano che una riproduzione di teorie antiche, un raffazzonamento di vecchi trattati, tolti destramente alla polvere degli scaffali, nei quali giacevano inoperosi e dimenticati (2), rivestiti di larghi e splendidi abiti moderni

(1) Noi crediamo che se è mai cosa, alla quale non convenga meì, o convenga meno, che ad altre il nome e titolo di *nuova* sia quella delle leggi: infatti da una parte l'opera dei legislatori, costante da secolo a secolo, meglio che nel creare leggi nuove, sta nel ripudiare leggi antiche rese incompatibili omai collo stadio della civiltà percorsa dai popoli; dall'altra, man mano che si vanno repudiando leggi incivili, o meno civili di quelle, che sono vagheggiate o voluto dai tempi, si riproducono dettati, dottrine, discipline larghe, estese, che furono già in vigore ai tempi della più splendida civiltà greca e latina e non si può dire che si faccia cosa *nuova*. Accettando quindi questa parola, bisogna accettarla in senso relativo, in quanto sia nuova pei popoli, non sia già nuova in sè. Guardando al fatto in se stesso, bisogna dire, che si chiama nuova la legge non perchè realmente contenga discipline che mai fossero immaginate od attuate in antecedenza, ma perchè sono le ultime pubblicate; nè alcuno pretenderà che si dicano nuove, o perchè siano esposte secondo lo stile dei tempi nostri, o perchè nelle loro accidentalità contengano una qualche disciplina che non era nelle antiche.

(2) Non è che una questione di riscontro. Si leggano a mo' d'esempio i tanto applauditi trattati del Delangle *sulla Società*, del Troplong *sul mandato*, ed altri tali, che sono fra i più eccellenti libri moderni, si esaminino dopo certe opere antiche in materie di questo genere, come a mo di dire, i trattati del Ca-

e mandati come nuova creatura a prendere un alto seggio nell'Accademia delle scienze, mentre sostanzialmente non v'ha di nuovo che la veste e la forma.

Però e sotto il primo aspetto e sotto il secondo appare manifesto che non sono nè belli nè giusti i motivi in forza dei quali fu abbandonato lo studio degli antichi; non il primo, perchè vi è di mezzo piuttosto un errore ed uno smarrimento funesto degli antichi principii, che una giusta e ponderata discussione che dopo maturo esame abbia indotto gli uomini a così fare: non il secondo, perchè se i più dei buoni libri *nuovi* sono deduzioni e rinnovamenti dei libri antichi (lasciando a parte che non si può avere intera ragione della giustezza ed estensione di dettati e di dottrine riprodotti, se non si conosce appieno la sapienza, da cui derivano); se questi in fatto sono ben pochi di numero, e limitati finora a poche materie a paragone della lunga serie di libri antichi e della totalità delle materie giuridiche in esse svolte e discusse, non si può dubitare, che non sia ottimo, anzi indispensabilep artito il mantener vivo lo studio del comune diritto, perchè le menti giovani siano colla scorta del medesimo poste in grado di ben intendere ed applicare rettamente le leggi moderne.

Ed ora che abbiamo mostrata l'impossibilità di ottenere gli effetti voluti da una nuova codicifazione, quando non sia plasmata secondo i dettati del giure antico; l'impossibilità, che essa sia rettamente

saregi, e si vedrà, cbe per non pochi nè leggieri riscontri e almeno per qnesti due grandi moderni, sia in grsn parte vero il nostro asserto, cbe, i più dei libri moderni, lodati fra gli altri per dotti o profondi, non possono, a voler essere prescelti, non riprodurre in parte le massime sancite nei libri antichi; abbiamo al contrario alcuni trattati che si limitano nudamente al commento delle nuove discipline; tra questi vogliamo notare due libri di due Italiani, recenti ed applauditi, quelli cioè del Massa Saluzzo sul Codice penale e del Pescatore *Logica del diritto*. Cbi non li trova sridi e seccbi, poco più estesi della stessa legge, che commentsno? Chi oserebbe dirli un'opera vera e grande di giurisprudenza, anzichè un manuale per le scuole? Ora dipende ciò da diffetto d'ingegno e di dottrina negli scrittori, non mai: dipende invece dalla indole degli studio, percbè non banno creduto di potere, o non banno saputo risalire alle veccbie dottrine, e cbiamarle a sussidio loro nella interpretazione delle nuove leggi. Sn questa materia, e sopra questi grandi riscontri gravi di tante consegnenze per l'avvenire della scienza, ci riserbiamo di fare un trattato a parte, nel quale, se io non m'inganno, questo breve concetto qui appena sccennato, sarà largsmente sviluppato.

Digitized by Google

intesa ed applicata, quando i cultori della scienza legale non l'applichino con quella larga maniera, che la vera giurisprudenza insegna, domandiamo noi, rivolgendo lo sguardo all'avvenire, le leggi nuove sono perfette secondo il loro vero scopo, secondo il loro vero intendimento? Soddisfano ai bisogni del presente, potranno soddisfare ai bisogni dell'avvenire, stanno e staranno; o come leggi incompiute, incivili e disadatte dovranno essere abrogate e sostituite da leggi migliori? Pare a noi veramente, che non soddisfacciano al còmpito loro affidato, nè pel tempo presente nè per l'avvenire; e crediamo, che chiunque sia alquanto pratico delle scienze giuridiche vorrà consentire con noi; perchè, lasciata anche a parte la naturale imperfezione delle cose umane, e i mutamenti sociali, che rendono inutile, talvolta gravoso, ciò che prima era e ragionevole, e benefico, e aprendo il campo a nuovi fatti, rendono necessari nuovi analoghi provvedimenti: i difetti delle leggi attuali si mostrano in tanta evidenza anche di presente che è quasi impossibile trovare chi non se ne avvegga: non vogliano disconoscere, che qualche fiata le censure non possano essere o false o esagerate come accade in tutte le cose umane; ma non possiamo anche tacere, che, se le leggi fossero conformi a quella desiderabile perfezione, che possono avere, le lodi e le approvazioni non mancherebbero; certo noi ci adopereremo ad esporre secondo la nostra maniera di vedere le lacune e le falsità che si rinvengono nelle leggi attuali: e il nostro lavoro in proposito, speriamo, sarà tale che, mentre da una parte sarà la significazione di tutto un sistema di legislazione, ponendo dall'altra in luce i difetti veri, che a nostro giudizio si rinvengono nelle leggi, darà anche luogo a far palesi la ingiustizia e vanità di non poche censure, che pure si vanno facendo, le quali poi, togliendo non rare volte la possibilità di giudicare rettamente dei veri difetti delle leggi, tolgono la possibilità di pensare ai migliori rimedi per l'avvenire.

CAPO III.

C) *Degli errori trasfusi nelle nuove legislazioni sì di massima che di rito, e per fallaci opinioni seguite nel loro impasto, e per la moltiplicità dei Codici stessi; in quanto si verifica questo singolare fenomeno, che in materie, se non in tutto identiche, in gran parte per eccellenza analoghe, si rinvengono talvolta tra le disposizioni dell'uno e quelle dell'altro, dissonanze non poche e non lievi, difficilmente conciliabili e nei rapporti tra loro, e nei rapporti coi principii generali di diritto, dai quali almeno indirettamente emanano.*

Pare a noi pertanto che i difetti delle leggi considerate in un aspetto generale stiano:

1° Nella formazione di più Codici all'intento di regolare con speciali disposizioni alcune materie relative a speciali rapporti sociali siccome le materie commerciali e marittime.

2° Nell'ordinamento legislativo in quanto sì nel giure civile, che nel giure penale, o si estendano al di là del necessario le prescrizioni che si attengono alla tutela della società, e dei privati, o si lasci troppo libero ed aperto il campo al maltalento umano.

3° Nel sistema delle prove, in quanto da una parte nel giure civile il campo sia troppo ristretto, e si pretenda spesso dai privati ed ignoranti quello, che essi non sanno o possono fare; dall'altra nel giure penale si rimetta troppo al sistema della convinzione personale, che è pure la negazione della verità scientifica di tutta la dottrina dei secoli che si volle elevare appunto al disopra di questo fatale, sconfinato, terribile ed incensurabile modo di provare, incensurabile anche laddove in fatto riesca ingiusto ed iniquo; ingiusto, se non iniquo, almeno in questo senso, che rimettendosi la definizione dei giudizi a uomini indotti e volgari la loro convinzione meglio, che il risultato delle produzioni profonde di una mente educata agli studi ed alla scuola potente dei fatti, e il risultato di mente imperfetta e di valutazione incapace a generare confidenza.

4° Nell'organamento del potere giudiziario, in quanto non si è attivato da una parte con tutta quella estensione e colle forme che la ragione richiede; dall'altra non si è ordinato in modo, che i giudici possano a sufficienza corrispondere all'altezza del loro còmpito; e per i limiti imposti ai giudizi, come a mo' d'esempio, nel giudizio per giurati, o nel sistema della Cassazione e per il sistema

assegnato ai giudici nell'adempimento dei loro uffici, siccome, a mo' di dire, nella facoltà di sentenziare in materia civile senza l'esame del processo in iscritto al seguito della semplice discussione orale per parte dei procuratori, o della semplice relazione della causa per parte di un giudice.

Tali sono in generale le materie, delle quali ci dobbiamo occupare in questa seconda parte dei nostri prolegomeni; annunciamo colle medesime a mutamenti radicali, a novità importanti, che si devono, a nostro avviso, introdurre nel giure moderno, e ne facciamo diversi problemi che ci proponiamo di risolvere secondo il concetto logico del nostro lavoro.

N° 1°.

Incominciando dalla pluralità dei Codici, pare a noi, che essa sia una conseguenza indispensabile della novità delle legislazioni, un indizio certo dello stadio primordiale, non duraturo, nel quale appunto si trovano le nuove legislazioni; i legislatori intravidero tutte le difficoltà di ordinare la materia delle leggi in un sol corpo ad imitazione di quello, che suol fare la scienza, riunendo le dottrine in un grande concetto sintetico: ritennero più utile e più facile ordinare diversi Codici speciali secondo la diversità di speciali materie, ed obbedendo a questo che, diremo meglio, sentimento che raziocinio, distinsero, e distinguendo resero monca e difettiva, talvolta apparentemente, talvolta realmente contraddittoria la legge.

Legislazione perfetta, per quanto si può dar perfezione nelle opere umane, è certamente quella, nella quale tutte le materie legislative sono ordinate sotto una stessa disposizione in uno stesso Codice: dacchè la mente del legislatore, facendo un continuo riscontro tra le diverse condizioni degli uomini e delle cose, alle quali deve estendere le sue sanzioni, vede meglio le difficoltà, studia con maggiore esattezza gli articoli, e provvede meglio ad una ordinata ed estesa redazione della legge stessa: diversamente da ciò quando si dà mano alla redazione di più Codici in materie tutte speciali, la mente del legislatore serrata entro una sfera assai più limitata, improntando i suoi pensieri alla specialità della condizione delle persone e delle cose, mentre non pertanto deve organarle con riferimento alle materie generali trattate in altri Codici, e porle con esse in armonia, fa sempre di due cose l'una: o ripete tutti gli ar-

ticoli dei Codici generali nelle materie identiche od affini, meno i pochi che si attengono o in via di massima o in via di disciplina al giure speciale, e fa con ciò stesso palese la inutilità di creare due Codici, poichè per questo appunto basterebbe un Codice generale, nel quale al di là delle massime generali in breve fossero adottate le disposizioni necessarie per la creazione del giure speciale; o non ripete tali articoli letteralmente, ne riproduce non pertanto il concetto, ed adoperando parole nuove per significare la stessa cosa, si mette nella necessità di ingenerare gravissime discordie e gravissime difficoltà sulla più giusta ed esatta valutazione della naturale estensione, e dei veri e razionali limiti della legge, e basta questa osservazione a mostrare, che la moltiplicità dei Codici è un grave errore.

Il fatto poi della grande opera giustinianea, la quale raccolse in un sol corpo tutte le disposizioni del giure generale e speciale, vogliam dire il civile, penale, commerciale, marittimo militare, internazionale, processuale, locchè non potè esser fatta a caso o per ignoranza, come si potrebbe forse immaginare da taluno; il fatto della giurisprudenza comune, la quale desumeva dalla universalità del giure tutti i dettati, in base ai quali doveva e voleva risolvere le questioni pratiche che si sottoponevano alla autorità dei magistrati, sebbene in essa pure fossero pienamente distinti e determinati i diversi giuri speciali, di cui sopra, se il già detto non bastasse, sono una prova ulteriore della giustezza dei nostri argomenti. Che se quanto al giure comune si voglia giudicare che altrettanto si facesse o per cieco istinto d'imitazione del giure romano, o perchè (costituendo questo la legge vera di quei tempi), la giurisprudenza fosse tratta a seguire ne' suoi procedimenti il processo seguìto dal legislatore; donde la conchiusione che questo fatto, come conseguenza indeclinabile del sistema giustinianeo, non possa di per sè aggiungere autorità ad ulteriore dimostrazione della bontà di quel sistema, e' non si vorrà negare, che infatti esso per lo meno non costituisca una esperienza di un valore indeclinabile, non dia fin d'ora manifesto indizio, come vi abbia per lo meno la possibilità di rinnovarlo con un più studiato e dotto riordinamento dei Codici, e non basti a giustificazione di una opinione, che a primo abbordo può sembrare una utopia, per non dire una impossibilità, o peggio.

Per delineare il concetto nostro in modo da renderlo pratica-

Digitized by Google

mente intelligibile, noi proponiamo diversi problemi relativi al modo, col quale si potrebbe attuare, e nella proposta e risoluzione dei medesimi, incominciamo da quelli che ci paiono più facili e piani per salir poscia con maggior lena a quelli che ci paiono più difficili e complicati:

1° Le disposizioni del Codice commerciale e marittimo possono essere bellamente innestate nel Codice civile generale?

2° Le disposizioni del Codice penale militare, marittimo ed amministrativo possono essere innestate nel Codice penale generale?

3° Il Codice penale, che nei rapporti col giure civile non è che un Codice speciale, che deduce la sua entità e ragione dal Codice civile, può essere innestato nel Codice generale civile?

4° Il Codice di processura civile può essere innestato nel Codice generale civile?

5° Il Codice di processura penale può essere innestato nel Codice penale comune?

6° I due Codici di processura civile e penale si possono ordinare sotto così larghe e razionali disposizioni, soddisfacenti alle necessità sociali tanto nell'una che nell'altra materia, sì che di due se ne possa fare un solo?

7° Un Codice di processura ordinato sopra così larghe basi si può innestare nel Codice civile generale, sicchè, lumeggiato dalle disposizioni di questo, prenda in esso il suo vero posto, si mostri qual parte integrante dello stesso Codice civile, e sia tolta la possibilità di urti, e contraddizioni tra le disposizioni dell'uno o dell'altro?

§ 1°.

Quanto ai Codici commerciali e marittimi parrà facile a chiunque, come le loro disposizioni si possono innestare nel Codice generale civile, ed essi quindi senza alcun danno con vero utile sociale possono essere abrogati.

Le disposizioni di questi Codici si possono riassumere sotto due grandi classazioni: la prima, di materie attenenti allo stretto giure civile, in quanto tutte le contrattazioni commerciali, i rapporti che derivano dai fatti di commercio si risolvono nei contratti di società, di vendita, di mutuo, di cessione di credito, somministra-

zioni ad interesse, mandato, deposito, locazione d'opera, prescrizione; finiscono con una sola differenza, vogliam dire, sul sistema di prova da adottarsi a dimostrazione della esistenza di tali fatti e contratti; la seconda, di materie attinenti allo stretto ordine processuale, siccome il modo di conservare e far valere i rispettivi diritti scadenti dagli atti commerciali, il modo e termine, entro cui si può valere dei mezzi di prova assentiti per questi contratti, il modo infine di procedere nei casi di fallimento, laddove il giure commerciale da una parte fa capo al giure civile, assumendone integralmente e nudamente i dettati, per ciò che riguarda la cessazione della personalità del debitore fallito e il modo di regolare i rispettivi rapporti tra i creditori, dall'altra al giure penale per ciò che riguarda la pena dovuta alla mala fede del debitore, che, non cessando a tempo dalle sue operazioni, reca indebiti danni a chi aveva ragione di fidare in lui.

Ora chi potrebbe dire, che le disposizioni del Codice commerciale e marittimo nelle parti contenute nella prima classazione non possono essere innestati bellamente e coordinati splendidamente nelle diverse disposizioni del giure civile che alle materie ora indicate si attengono; le parti contenute nella seconda non si potessero anche con maggior facilità riordinare nel Codice di processura (1).

(1) Innesto del Codice commerciale e marittimo, nel Codice generale e civile.

Crediamo che un breve esame di questo Codice sarà sufficiente a mostrarè la giustezza del nostro concetto; procederemo coll'ordine serbato dal legislatore nel Codice stesso.

Il titolo primo relativo alle persone dei commercianti, può senza alcuna difficoltà, e con risparmio per di più, di alcuni articoli, essere trasportato per intero nel Codice civile al titolo delle persone; sia che si creda opportuno di abrogare il titolo stesso, in quanto una parte delle disposizioni relative alle donne maritate, ed ai minori e figli di famiglia si trasfonda nei titoli relativi del Codice generale, come forse sarebbe più opportuno; sia che si voglia lasciare unito nel titolo stesso delle persone.

Il titolo secondo dei libri di commercio si può unire al trattato delle prove, laddove si parla dei libri domestici, mezzadrili.

Il titolo delle società commerciali si colloca assai bene nel titolo delle società civili, collocando prima quelle, e poi queste senza bisogno di alcuna altra distinzione.

Il titolo delle borse di commercio si può collocare utilmente, laddove si parla degli enti morali nel titolo delle persone, la parte poi relativa agli agenti di

Pare quindi che il nostro concetto ridotto a fatto pratico trovi, nella natura delle cose, sufficiente ragione, perchè lo si abbia a dire del tutto possibile e basta al nostro intendimento.

cambio, per ciò cbo riguarda gli effetti delle loro operazioni, si può collocare anch'esso, dove si tratta delle persone; ma meglio poi, dove si tratta delle prove, in quanto essi soli sogliono provare e compiere determinati fatti e contratti; si può collocare ancora in appendice e come parte integrante nei contratti di mandato.

Il titolo del commissionario può essere collocato nel titolo del mandato a tenore anche del rimando di cui nell'articolo 71 del detto Codice di commercio.

Così diremmo delle prove per le parti per le quali il Codice di commercio non rimanda al Codice civile.

Le lettera di cambio si può collocare nel titolo della confessione di debito o del prestito, o nel titolo delle prove, private scritture, recapiti autentici; perchè, se per la natura del fatto in esso attestato si ha una confessione di debito, per la qualità della forza probante dell'atto, si deve ricorrere e alla privata scritta prima del protesto e al recapito autentico dopo il protesto; per ciò poi che riguarda la girata, la provvista dei fondi, l'avallo, se pure non si vogliono collocare di seguito nell'uno o nell'altro di questi titoli, possono essere collocati: la prima nel titolo dei crediti, la seconda nel titolo dei pagamenti, la terza nel titolo delle garanzie.

Quando al titolo delle navi la loro classificazione è chiara, cade sotto il titolo dei mobili, e i privilegi che vi gravitano sopra si collocano laddove si tratta dei privilegi speciali.

Il titolo del sequestro e della vendita dei bastimenti si può bellamente collocare, laddove si parla delle esecuzioni nel Codice di rito, e quand'anche si credesse, cho per la speciale natura dovessero essere collocati tra le disposizioni del Codice di massima, locchè a dir vero sembra abbastanza ragionevole, lo si potrebbe assai bene collocare laddove si parla delle spropriazioni.

Le disposizioni contenute nel titolo dei proprietari di bastimento si riferiscono: 1° agli obblighi di questi nel rapporto col capitano, e si riassumono nelle disposizioni del mandato. 2° Alle discipline relative ai contratti per la costruzione dei bastimenti, si voglia al contratto di prestazione d'opera, si voglia cbe si attengano ad un ordine di discipline cbe si può collocare tanto fra le leggi della processura quanto nel giure di massima nel titolo delle prove, per ciò che riguarda la qualità e natura degli atti provanti: non parleremo poi degli ultimi due capoversi dell'art. 236, che sono del tutto inutili, una volta che sia fatta l'unione dell'uno coll'altro Codice.

Diremmo egualmente del capitano d'un bastimento, egli è un locatore di opera; da ciò tutti i di lui, e stretti, e lati obblighi, che si possono poi dire contenuti nei principii generali di legge; al di là di ciò ha molte incombenze, dell'adempimento delle quali deve far constare coi libri del bastimento, e se ne può tener parola laddove si parla dei libri del commerciante, dei recapiti.

Il titolo del nolo può essere collocato nel contratto di locazione, quello del prestito marittimo nel titolo della somministrazione ad interesse.

Digitized by Google

Del resto non dobbiamo tacere due osservazioni di tutta importanza, che pure servono a dilucidazione di questa materia.

Lo assicurazioni si possono collocare nei contratti di sorte, salva sempre la ragione dei privilegi, che si possono collocare appunto nel titolo dei privilegi.

Le avarie, il getto e contributo possono essere, per ciò che è di massima, collocate nel titolo dei danni ed interessi, mentre poi le prescrizioni relative alla prova della deliberazione nol getto e contributo possono essere collocate tra le materie delle prove, quelle relative alla ripartizione si attengono, meglio che altro, all'ordine processuale, tuttochè di natura tale per quel che abbiamo detto, da dovere trovar luogo nelle pagine del Codice civile generale.

Il titolo pella prescrizione può essere collocato assai bellamonte nel titolo delle prescrizioni di cui nel Codice civile, quelle della innamissibilità delle azioni, o in questo titolo, o nel Codice di processura, perciò che riguarda la ricevibilità di una determinata azione.

Tutta ia materia dei fallimenti, sia per le prescrizioni generali intorno alla dichiarazione del fallimento, e le prime disposizioni intorno alla persona del fallito, nomina del giudice commissario, apposizione dei sigilli, sindaci e loro surrogazioni, funzioni dei sindaci, rimozioni dei sigilli ed inventarii, vendita delle merci e dei mobili, atti conservatorii, verificazione dei crediti, concordato, effetti del concordato, annullazione e risoluzione del concordato, cessazione delle operazioni del fallimento, unione dei creditori, dei creditori con pegno e privilegiati nei mobili, dei creditori privilegiati negli immobili, diritti delle mogli nella ripartizione tra i creditori, liquidazione dei beni mobili, vendita degli immobili del fallito, rivendicazione, ricorso contro le sentenze in materia di fallimento, bancherotte, crimini e delitti. fallimenti, riabilitazione, come dimostra la semplice indicazione del titoli, in massima parte possono essere riordinati o riuniti con breve e poca distinzione al titolo della cessione dei beni di cui nel Codice civile, della esecuzione sui mobili, graduazione sugli stabili di cui nel Codice di processura: le parti relative ai diritti della moglie, al diritto di rivendicazione ed ai titoli di privilegio, nel Codice civile, quelle relative alla bancarotta, ai crimini e delitti dei falliti nei fallimenti, e riabilitazione dei falliti nel Codice penale.

Quanto in fine alla giurisdizione commerciale, alla competenza dei Tribunali torna quanto noi abbiamo detto: noi non troviamo nè giusto, nè ragionevole che uomini non giureconsulti, per la sola pratica che possono avere delle cose commerciali debbono decidere le questioni di alta indagine, che desumono le ragioni della loro risoluzione unicamente dai principii generali di diritto.

La materia dell'arresto personale può giustamente essere collocata nel titolo dello esecuzioni.

Non parleremo poi delle diverse leggi, che furono pubblicate a compimento o dilucidazione delle disposizioni del Codice di commercio, poichè appunto per la natura semplicemente complementare, dovendosi in un riordinamento del Codice collocare nelle parti di questo, alle quali hanno riferimento, è chiaro che trovano, secondo il nostro intendimento, collocazione nel Codice generale, come le materie principali contenute nel Codice.

Digitized by Google

L'una si è che, riordinando la più parte delle anzidette disposizioni sotto i diversi titoli del Codice civile generale, molte delle medesime, che non sono che una riproduzione di un concetto generale contenute in questo, rese oziose ed inutili di fronte alle disposizioni di quel Codice, sarebbero tolte di mezzo e sarebbe conseguentemente tolta di mezzo la possibilità delle contraddizioni e della falsa intelligenza di diverse disposizioni. Oltre a ciò le disposizioni eccezionali del Codice di commercio, collocate subito dopo la regola, sarebbero plasmate in modo più semplice e più breve, e conseguentemente un metodo che darebbe luogo ad una più facile e sicura interpretazione, e se la specialità del lavoro lo permettesse, io vorrei fare in qualche titolo la dimostrazione della verità di questo mio asserto.

L'altra che alcune disposizioni relative alle cambiali, provviste di fondi, borse, agenti di cambio, capitani di navi (se mai paressero rendere troppo grave e faticoso il procedimento della legge civile), tenendosi nella sfera il più delle volte di semplici regole disciplinari, si potrebbero forse collocare a parte in qualche regolamento supplementare, onde da una parte si desse pur mano sicuramente alla riunione della quale abbiamo parlato, dall'altra non s'ingenerasse confusione nelle disposizioni del giure comune, e questo per lo meno non si facesse al di là della sua giusta idea, come abbiamo detto, troppo grave e pesante.

§ 2°.

Quanto al Codice penale militare e marittimo amministrativo parimenti le disposizioni sono di due ordini; l'uno relativo ai reati contemplati dal Codice comune, e che perciò si dicono reati comuni; l'altro ai reati speciali alla condizione fittizia e fenomenica della vita militare e marittima; si collocano nella prima classe tutti i reati di omicidio, di furto e di falso, si collocano nella seconda i reati d'insubordinazione, diserzione, ribellione. Ora quanto alla prima classe chi non vede che i reati non mutano natura per il semplice fatto, che uno, o volonteroso o costretto, faccia parte di esercito nazionale? Non vi era quindi ragione di creare,

Digitized by Google

all'uopo di definire e punire questi reati, un Codice speciale militare, bastavano le disposizioni del giure penale comune, perchè i soldati, che pure sono parte della nazione, fossero e si dovessero ritenere compresi nelle disposizioni generali del detto giure; quanto poi ai reati, che si dicono militari, chi non vede che le disposizioni si potevano parimenti innestare nel Codice comune? Per le insubordinazioni, ribellioni, a mo' d'esempio, laddove si parla della ribellione alla forza pubblica; per le diserzioni, laddove si tratta dei reati contro la sicurezza interna o del danno recato altrui; chi non vede che questi reati, di cui non si ha sempre chiara e netta idea, assumerebbero, posti a riscontro coi reati comuni della identica qualità e natura, nelle menti degli uomini la giusta loro proporzione! Ad ogni modo, quando cotesta riunione, che è pure tanto ragionevole, così facilmente compiere non si potesse, chi non vede, che le parti speciali di questo giure speciale militare ridotte a poche disposizioni e discipline non potrebbero assumere il nome di Codice, che la condizione del soldato sarebbe di gran lunga migliorata, quando le disposizioni relative a tutti gli altri reati fossero compenetrate col giure comune, ed esso potesse essere giudicato alla stregua della giurisprudenza che sorge sulle orme di questo.

Nè già si dica che a questa riunione fa impedimento e la diversa qualità della pena stabilita pei militari e la diversa qualità dei tribunali che debbono giudicare dei loro delitti; poichè, lasciata a parte l'osservazione, che in tutto ciò che è materia di delitto comune, salvo ciò che fosse breve aumento o diminuzione di pena, secondo la maggiore responsabilità del militare, o la maggiore attenuazione della sua responsabilità per le condizioni speciali nelle quali egli si trova, e che in questa parte lungi dal sancire il fatto del legislatore danno per se stesse sufficiente indizio che egli erra creando una legge speciale per differenze di nessun conto, non sostanziali, ma accidentali; chi non vede che, per ogni disposizione speciale concernente il reato del militare, si può anche con poche parole accennare ad una specialità di pena; chi non vede che lo si può fare, laddove si parla della pena, anche quando non sia tenuta alcuna distinzione da cittadino a militare nella determinazione dell'entità del reato?

Egualmente per ciò che riguarda i tribunali, quale difficoltà si

crea con qnesta riunione pei tribunali militari, quando nel Codice comune rinvengano con tutta facilità le disposizioni? che alla specialità dei casi devono applicare; si vogliono essi ritenere così poco capaci di ragionevoli studi di giuste meditazioni da credere, che possano trovare ostacolo nell'esercizio delle loro funzioni, quando non abbiano in un solo e piccolo volume la regola e norma delle sentenze che devono proferire?

Nessuno vorrà crederlo per certo; diversamente da ciò i tribunali militari, giacchè vi sono pure fra essi uomini studiosi che animati dal desiderio di bene intendere ed applicare la legge, posti nella necessità di prendere dai tribunali comuni e dalla giurisprudenza comune l'esplicazione dello spirito della legge, l'interpretazione delle sue parole, le massime regolatrici la retta e vera di lei applicazione, si informeranno a più sana dottrina e i loro giudicati saranno più conformi a quei principii di alta e vera giustizia, che talvolta di presente si vedono con dolore da essi dimenticati, appunto perchè ristretti nella cerchia delle più comunali idee del giure speciale militare e della fenomenica esistenza degli eserciti, nel più dozzinale significato delle parole legislative, della letterale, e diremo meglio, macchinale loro applicazione, non sono capaci di salire alla suprema ragione del giure. Del resto noi non possiamo tacere, come ci sembri del tutto ingiusto ed irragionevole che i soldati, i quali sono pnre cittadini e più nobili cittadini degli altri, debbano per questo solo fenomeno della vita militare essere giudicati da altri militari imperiti della scienza, poco soliti agli studi ed alla meditazione: come sarebbe assai più giusto ed equo, che meno pochi reati d'insubordinazione di poco momento, e poche pene di minor conto, o come si suol dire, *disciplinari,* fosse più conveniente e giusto che essi pure fossero giudicati dai tribunali civili; facendo quest'osservazione non intendiamo che di fare un voto, di proporre un quesito a chi sia giudice competente in codesta materia: estranei alla milizia non ci teniamo troppo capaci di valutare in tutte le sue minime conseguenze quella disciplina, per la quale solo gli eserciti stanno ed operano; di apprezzare con giustezza i mezzi, che servono alla conservazione della medesima per poter giudicare anche, se si possa o no prescindere dalla istituzione dei tribunali militari: comunque però sia di ciò, o si vuole anche pei militari, e nei reati militari la maggiore garanzia

Digitized by Google

possibile, e ci pare che questa non si possa avere che nei tribunali comuni; o si vuole al contrario che questi tribunali siano strumenti della disciplina, procedendo con una facilità nel credere al reato, con una severità nell'applicare la legge, che non si potrebbe attendere dai tribunali comuni, e noi crediamo di poter asserire per questa sola spontanea confessione dei sostenitori di questi tribunali, che si posterga alla ragione dell'utile la ragione dell'onesto; che l'istituzione dei tribunali militari dovrà venir meno col progresso dei tempi, come un istituto contrario a quella grande civiltà avvenire, che è da tutti preconizzata e presentita.

È poi certo, che tolti di mezzo codesti tribunali eccezionali è tolta di mezzo una delle più spinose difficili questioni di rito, che pure danno luogo a tante contestazioni, recano danno a tanti individui e fanno andar a male tante cose; ed è quella del conflitto di giurisdizione e della necessità di un decreto della Podestà Regia per determinare quale fra la giurisdizione militare e la comune sia competente (1): e basterebbe questa sola osservazione a mostrare la bontà teorica e pratica del nostro sistema.

Al di là di questo chi non conosce ancora le distinzioni da reclusione e carcere militare a reclusione e carcere comune, e tutte le distinzioni che si sono create sulla natura dei reati e delle relative pene a seconda del Codice speciale militare, ma chi non vede ancora come codesta distinzione è tutta fittizia, non corrisponde ad una necessità vera e propria, si risolve in un errore? Infatti, se nella reclusione militare non si vuole trovare una pena disonorante come nella reclusione comune! Se per ragione di rispetto

(1) In una causa G. N., rimessa e definita in Modena, trattandosi di falsificazione di congedo commessa da persona un tempo militare, ma uscito dalla milizia, dopo l'iniziamento della procedura nacque contestazione, se egli fosse soggetto ai tribunali militari o comuni: una Corte si dichiarò incompetente, e rimise il giudizio ai tribunali militari, questi fecero altrettanto; la causa fu rimessa al ministro, da questi al re, il re delegò la Corte di cassazione a deliberare in proposito, la quale finalmente determinò che la causa dovesse essere rimessa ai tribunali comuni: in questo andirivieni occorsero due anni, che l'infelice ebbe inutilmente a subire in carcere, poichè fu condannato poscia alla reclusione, e i due anni di carcere non gli poterono essere computati; ora non basterà questo esempio fra i mille di eguale natura, apportatori di sì funeste conseguenze, a dimostrare che opera suprema del legislatore è di creare leggi poche e pochi tribunali? e così prevenire i possibili errori dei magistrati.

alla condizione del militare e per ragione d'interesse pubblico, non si vuole punito con pena disonorante il militare, onde seguiti, subita la pena, a far parte dell'esercito, perchè non lo si punisce colla pena semplice del carcere, anche quando disciplinarmente questa pena si voglia, a seconda della gravezza dei reati, rendere più grave per uno che per altro delitto?

Chi non vede, che con tutta facilità a questo modo vengono ordinate le cose, e si fa quel meglio che si può; il qual meglio sta appunto nell'avere il minor numero di discipline e il maggior numero di casi contemplati sotto una disposizione generale.

§ 3°.

Quanto al terzo problema noi siamo d'avviso, che l'innesto dell'uno nell'altro Codice si possa egualmente operare; ma non possiamo egualmente disconoscere la difficoltà, che è di gran lunga superiore, dobbiamo temere, che i tempi nostri non siano anche sapienti abbastanza per poterla operare. Non sarà però inutile che di presente noi esponiamo in breve i ragionamenti sui quali è basata la nostra opinione, e la ragione del metodo che a nostro avviso si dovrebbe seguire.

Il giure penale non è che un giure speciale anch'esso, il quale deduce la sua sanzione, e dallo statuto, e dal giure civile; dallo Statuto per ciò che riguarda gl'interessi della aggregazione sociale, che si svolgono, e nei reati contro la sicurezza esterna dello Stato, e nei reati contro la sicurezza interna dello Stato e sotto un vasto orizzonte comprendono: 1° I rapporti posti fra lo Stato ed i privati, e così i reati contro l'autorità pubblica, e la pubblica forza per parte dei cittadini, i reati degli individui rivestiti d'autorità pubblica contro i privati, le infrazioni alle leggi sulle imposte dirette, indirette, diritti di dazio, dogane, regolamenti sulle strade, canali, sia che appartengano allo Stato, sia che appartengano alle provincie o comuni (in quanto sebbene questi siano in faccia allo Stato enti privati, non pertanto i rispettivi loro regolamenti siano stati ridotti a legge con decreto del Potere Esecutivo); 2° I rapporti tra privati e privati, e così le violazioni o gli attentati contro la vita, le violazioni della libertà d'ogni genere, delle franchigie della incolumità del domicilio, considerati nel loro più alto concetto,

nelle loro sostanziali distinzioni, secondo le solenni garanzie, della loro inviolabilità, dallo Statuto proclamata.

Dal giure civile, per ciò che riguarda i diritti in esso assegnati ai cittadini, e la violazione dei medesimi, siccome a mo' d'esempio, il falso, la truffa, il furto, essendo troppo manifesto che i concetti sopra questi diversi reati, sebbene si possano con tutta sicurezza dedurre dai principii fondamentali dello Statuto sopra discorso, non possono assumere vera qualità ed entità giuridica, se non laddove sono definiti e determinati i diritti stessi, per poter ben essere certi di fare retto giudizio sulla esistenza, o no, della pretesa infrazione.

Sembra pertanto che quante volte si fosse messo a capo, siccome prodromo o primo titolo del Codice civile, lo Statuto fondamentale della nazione (cosa, come saremo per mostrare in seguito, indispensabile a dare un corso perfetto e regolare di leggi), l'innesto si potesse operare con sufficiente facilità, e se ne potesse ottenere il maraviglioso effetto, che la legge penale, lumeggiata dalle disposizioni dell'uno e dell'altro, prendesse le proporzioni che pure la ragione e la giustizia richieggono; sicchè non siano considerati reati, tali fatti, che realmente non lo sono in se stessi, se anche dichiarati tali per le fittizie condizioni, procacciate alle nazioni dal falso modo di vedere e valutare i fatti e le cose; non siano punite determinate infrazioni alle leggi, perchè in sostanza non rechino danno ad alcuno, e perciò non costituiscano reato in senso vero e proprio.

Noi del resto portiamo opinione che tutti gli errori legislativi in materia penale (e sono molti, come avremo campo di mostrare), tutte le false idee e i falsi giudizi, che campeggiano nelle sentenze dei magistrati e nei verdetti dei giurati in base alle quistioni loro proposte (lasciato a parte ciò, che è conseguenza della debolezza della mente umana in genere, e dell'individuo per sè), avvengano, in quanto o non si mediti abbastanza, o si neghi di dar mano agli studi necessari per intendere pienamente ed applicare rettamente la legge, si derivino sostanzialmente dalla mancanza dei riscontri, tra il giure penale ed il civile; e crediamo che anche volendo per ora conservare distinti questi due Codici, fosse opera indispensabile dei legislatori il fare, più che si potesse, riscontri tra l'uno e l'altro giure, onde il Codice penale, ristretto nella nuda sfera delle

sue funzioni, non potesse essere fomite e principio di errori; in fatti egli non procede, che in via di negazione, non ha e non può importare alcuna definizione dei diritti, non può che latamente accennare i fatti, che egli considera come violazioni dei diritti stessi; ed è troppo manifesto, che, dove i diritti non sono definiti bene nelle rispettive loro parti, si può sempre restar dubbi se detti fatti costituiscano una violazione della legge; e in ciò sta la suprema ed indeclinabile ragione della necessaria riunione dei due Codici.

Considerata la cosa sotto quest'aspetto, si presentano alla mente dello studioso infinite gravi quistioni, che, bene studiate ed intese, daranno luogo a molte modificazioni nel giure penale: e così a mo' di dire, cominciando dagli elementi fondamentali del diritto di punizione, sulla ragionevolezza o no della punizione sull'attentato, in quanto paia ripugnante, che dove non fu danno debba essere pena, e nella ragionevolezza di punire l'attentato, e nei reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato come mezzo di prevenzione per la possibilità del danno, od il danno recato dall'aver fatto conoscere, che vi possono essere uomini tanto audaci da volere, e sapere scalzare dalle fondamenta l'edifizio sociale; sulla vera natura della complicità, e sulla ragione delle pene contro di lei sancite, sulla valutazione della imputabilità secondo le condizioni del cuore di chi infrange la legge, e sulla vera entità dei fatti, che si considerano come infrazioni; le quali cose noi accenniamo per sommi capi in breve fin di presente per mostrare alla luce delle fatte osservazioni la bontà del nostro sistema, riserbandoci poi di svolgere in altra parte di questi prolegomeni in maniera più ampia le parti, sulle quali cadrebbero i nuovi studi, e la ragione direttiva dei mutamenti, che si dovrebbero introdurre nel nuovo giure penale.

Che se del resto si credesse, che l'innesto dell'intero Codice penale nel giure civile non si patesse mai integralmente operare per non renderlo troppo grave e complicato, pare a noi che ad ogni modo lo si potesse per una gran parte del medesimo, salvo di ridurre l'altra in un breve regolamento con appositi rimandi al Codice civile.

In fatti le disposizioni del Codice penale si possono ridurre in due grandi classi: l'una della nomenclatura, indicazione e determinazione dei fatti costituenti il reato, e dei diversi elementi, che de-

vono concorrere a costituire l'entità del fatto in tutte le sue graduazioni secondo il concetto cardinale della imputabilità umana; l'altra delle pene, colle quali si vogliono puniti i diversi fatti costituenti reati, secondo la diversa loro qualità e natura, e nello stesso genere di fatto secondo la maggiore o minore imputabilità umana in esso occorsa: ora, per quanto si voglia, che fatto criminoso e penale debbano tenere il metro di una proporzione geometrica e l'uno debba stare in piena corrispondenza coll'altro, chi non vede che nell'ordine razionale delle cose, l'una parte può stare pienamente distinta dall'altra, e di conseguenza si può collocare tutta la parte prima nel Codice generale civile, onde il fatto desuma da quella la sua vera qualifica, e l'estensione, che le compete secondo i canoni di ragione, e si ottenga così il supremo benefizio del quale abbiamo parlato; si può la seconda parte esplicare in un breve volume a parte, sotto nome di ragione ed applicazione delle pene, in modo che con semplice rimando al Codice generale, ne sia facilissimo il riscontro tra il reato e la pena, e sia così osservata la ragione della semplicità e chiarezza, che è pure tanta parte della bontà e sapienza delle leggi.

Ciò posto, se questa nuova codicifazione è possibile, chi non vede che la legislazione non sarà perfetta se non quando sarà così ordinata! Da una parte il legislatore sarà posto in condizione di porre meglio in armonia tutte le parti della sua grande opera, ed evitare per certo quelle contraddizioni, che ora non rare fiate, e per la diversità dei tempi, in cui si redige la legge, e del concetto sotto il quale è redatta, e per la diversità della parola. usata in questo o in quel Codice, all'uopo di significare uno stesso fatto uno stesso contratto, o conseguenze identiche di un fatto uguale, si riscontrano non rare fiate fra le diverse sue disposizioni, e danno luogo ad una fatale giurisprudenza, la quale, invece di porre in luce la razionalità di una e sola, ampia, e vera legge, si occupa (scostandosi dalle idee vere di un ordine razionale) a porre in luce ciò, che forse non lo merita, a conciliare per necessità sociale ciò, che ragionevolmente è inconciliabile; dall'altra la parola della legge (lasciando a parte il difetto intrinseco e reale della medesima) sarà più uniforme e ristretto, e si presterà meglio all'interpretazione dei dottori ed alla intelligenza di tutti. Oltre a questo infine, cessando la prevalenza, per non dire il predominio, dei giuri speciali, i popoli

saranno ricondotti alla meditazione del diritto generale, e dei dettati della scienza, saranno posti in condizione di conoscere meglio la vera natura dei fatti, che hanno pure un'origine e qualità comune, e che non si riconosce e valuta bene solo, perchè vi ostano le fittizie, e non giustificate apparenze, che riceve dalla maggior parte dei giuri speciali.

Infine, cessati i giuri speciali, si porranno più facilmente e più presto in armonia tra loro le legislazioni europee (ciò diciamo qui forse alquanto fuori di luogo, solo per mostrare l'utilità del sistema, laddove il medesimo si presenta più difficile per menomare le avversioni, o le censure, colle quali sarà accolto), e si potrà tra non molto riordinare un altro e solenne giure universale, quale avevasi prima della codicifazione, che mettendo a disposizione di tutti il senno e la dottrina di tutti, gioverà ai rapporti internazionali e cesserà la ragione pratica (giacchè scientifica e razionale non fu e non può essere), alla quale d'altronde nessun legislatore mai poteva dare, e mai diede mano, del preteso giure internazionale. Infatti, siccome a rettamente guardare, cotesto diritto è il risultato della specialità della codicifazione, della differenza bensì del giure generale, ma assai più dei giuri speciali da paese a paese, è facile vedere, che, creata una stessa giurisprudenza, e diremo meglio, scienza comune regolatrice dei rapporti suddetti; posti in armonia i diritti dei forestieri nei rapporti fra loro, sotto la face di uno stesso giure, essi definiranno i loro contratti e le loro vertenze nel modo, che sogliono i cittadini tra loro, cessate tutte le difficoltà, che ora rendono irte le quistioni, ed i rapporti da forestiero a forestiero.

Certo, o noi c'inganniamo di gran lunga, o questo grande fatto si compirà quando che sia (e ne ha già dato indizio il legislatore austriaco sin dall'anno 1812), e sarà il cómpito della generazione chiamata dalla provvidenza divina a vivere alla fine di questo secolo: e come la legislazione fu l'opera di quella, che ebbe vita nel suo nascere, e ricostituirà il giure universale per opera e conseguenza di quella stessa legislazione, che secondo il concetto degli autori della medesima, era destinato a farlo cessare per sempre, e noi nel nostro lavoro verremmo a dimostrare, come ciò sia possibile.

Del resto due cose dobbiamo osservare; la prima, che la quistione più grave sarà nel riunire il giure penale col civile, come

sarebbe pure a desiderarsi; la seconda che non si potrà prescindere mai dalla conservazione dei Codici di processura, nel doppio ordine civile e penale.

§ 4°.

Ed ora venendo a parlare dei Codici di processura, prima di porci a trattare specialmente dei diversi problemi già da noi proposti, dobbiamo dire in tesi generale, che la loro riunione ai Codici di massima è forse di presente almeno impossibile, poichè la moltiplicità delle disposizioni in esse contenute, la materialità delle prescrizioni, alle quali si estendono, da una parte renderebbero i Codici stessi troppo complicati, dall'altra male accordandosi colla stretta materia del diritto, darebbero l'aspetto di un'opera indigesta e discorde, locchè ripugna così alla natura di qualsiasi opera scientifica ed artistica, come a quella di un Codice che è pure il libro più alto, e più sublime di una nazione; non dobbiamo però tacere che organata la procedura sopra basi più larghe e con principii più ragionevoli, la riunione stessa, almeno per una parte importantissima, non si potesse effettuare; infatti a chi ben guardi le disposizioni, che si contengono nei Codici di processura, e più poi nella processura civile sono di due ordini: l'uno attenente strettamente al gius civile, in quanto assegna dei diritti, fissa degli obblighi, segna dei limiti, entro i quali si può far uso dei diritti consentiti dal giure civile, ed è piuttosto per occasione, piuttosto per imperfezione, che altro, che di presente si trovano compenetrate e commiste alle discipline del giure di rito. Tali sono le materie relative alle prove, alle regiudicate, alle vendite dei beni dei minori, alle vendite dei beni, sui quali si procede in esecuzione; ed in genere a tutta la tessera delle disposizioni, che si attiene a questa grande ed importante materia della esecuzione sulle sostanze altrui.

L'altro strettamente disciplinare che si attiene all'ordine dei giudizi e al modo d'introdurli e condurli a fine in qualunque stadio, ed alla competenza dei magistrati.

Ora quanto alla prima è manifesto che le disposizioni relative si possono facilmente con tutta chiarezza unire al Codice civile, senza che s'ingeneri confusione o si dia luogo a troppa complicazione; che anzi così facendo si soddisfa alla necessità suprema di riordi-

nare i relativi dettati sopra un concetto solo, con esclusione di quelle difficoltà, o diremo meglio, di quelle. ora vere, ora apparenti contraddizioni, che si verificano tra l'uno e l'altro dettato; quanto alla seconda poi, riordinando pure le relative disposizioni in un libro solo, che potrebbe conservare giustamente il titolo di Codice di processura, è certo, che si potrebbero ridurre meglio che altro ad un regolamento, che si limiterebbe ad una sfera di operazioni legali, così ristretta, così semplice, così diversa da quelle che si attengono alle massime generali di diritto, che sarebbe, se non esclusa, di gran lunga scemata la possibilità di contestazione intorno alla di lui applicazione, e specialmente poi di contestazione e di conflitti fra le massime del giure civile, e quelle che attualmente si dicono di procedura. Questa suprema utilità poi si dedurrebbe da due fatti di una indeclinabile evidenza; il primo che tutte le disposizioni dell'attuale processura attenentesi al giure civile, sarebbero regolate secondo il concetto e lo spirito generale della giurisprudenza, con esclusione di quel troppo ristretto e materiale uso della parola, che si fa sempre nell'interpretare una legge di rito, inquantochè non si può considerare come parte della scienza, non è che mezzo ed organo dell'esercizio di un diritto, ed escludendo perciò solo la possibilità che nella sua interpretazione si possa salire a principii generali di ragione e di equità, importa, che la sua interpretazione sia letterale e spesso, come la pratica dimostra, contraria alla ragione della giustizia; l'altra che ridotte le discipline di rito ad una raccolta di poche disposizioni atte solo a dare le norme per la trattazione dei giudizi, perderebbero tutta quella vana e fittizia importanza, che loro si attribuisce di presente, sarebbero esse stesse dimostrazione della vana ed esagerata complicazione, colla quale si fanno attualmente camminare i giudizi civili; e l'intero sistema giudiziale senza ambagi, senza difficoltà, senza le fatali conseguenze della nullità si svilupperebbe piano e semplice in poche e facili disposizioni, atte a soddisfare a tutti i bisogni dei contendenti, senza che gli errori e le negligenze, o loro, o d'altrui recassero nocumento alla loro condizione ed ai loro diritti.

Noi quindi crediamo che per lo meno regolati a questa stregua i rapporti del Codice di massima col Codice di processura si possa provvedere ad un sostanziale e profondo mutamento negli istituti legali della nazione.

§ 5°.

Ciò posto, venendo al quinto dei problemi proposti, vogliamo dire, se il Codice di processura commerciale si possa innestare nel Codice di procedura comune, chi dirà che non si possa fare? Chi anzi dirà che non si debba fare? Infatti le diversità sostanziali che si verificano attualmente fra le due leggi, si riferiscono ai termini assegnati per la definizione dei giudizi e facoltà di fare e non fare determinate prove, alla necessità di valersi o no dell'ufficio di procuratori, al modo, col quale si procede pei fallimenti dei commercianti; ora, lasciato a parte il principio, che i rapporti e fatti commerciali non sono nè tanto dissimili, nè tanto alieni dalla natura degli affari civili, da meritare una diversa maniera nella trattazione delle quistioni relative; è chiaro, che anche per queste contestazioni si verifica pure la stessa difficoltà delle prove, la stessa necessità di studio a meditare la vera ragione del diritto, che occorre per le quistioni del diritto civile, e meritano quindi, che e la procedura ed i tribunali giudicanti siano gli stessi ed informati alla luce degli stessi principii, dedotti dal giure generale di un popolo, sicchè si riesca all'uniformità della giurisprndenza, ed alla certezza del diritto dei singoli cittadini; e infatti, se dal concetto generico delle cose passiamo al concetto pratico, e poniamo a riscontro le diverse discipline, chi non vede, che per tutto ciò che riguarda la trattazione delle cause, con due o tre o poche più disposizioni nel Codice di processura generale, si può facilmente provvedere a tutte le eccezioni, che si vogliono introdurre nel giure per gli affari commerciali, senza che sia per ciò scemata la semplicità di questo, o tolta la chiarezza dei dettati o la certezza dei limiti e dei favori, che si vogliono introdotti per quello.

E veramente, o parliamo di termini, e basterà, dopo le disposizioni generali, fare le eccezioni riguardo agli affari commerciali; o parliamo di prove, e (lasciato a parte quel che abbiamo detto in ordine a questa materia, in quanto ci sembra più attenente al giure di massima, che a quello di procedura), e basterà, dopo le disposizioni generali, stabilire quali sono le massime diverse che si vogliono seguire negli affari commerciali; o parliamo dei fallimenti od altro, e chi non vede che il concetto regolatore di queste

o vere o fittizie differenze, si può collo stesso metodo porre in armonia colle disposizioni generali.

È perciò manifesto, che la cosa non solo si può, ma si deve fare per rendere più semplice ed uno il sistema generale dei procedimenti, e per togliere di mezzo, per ciò che si attiene al fatto del legislatore, e le contraddizioni e le difficoltà; e per far sì, per ciò che si attiene all'opera faticosa e secolare della giurisprudenza, che essa assuma la sua vera qualità e natura, e la legge fatta unica non sia più interpretata nè in un modo troppo ristretto, nè in modo troppo più lato di quel che vogliano i principii generatori dell'universo giure.

Come pertanto abbiamo detto, che tutte le disposizioni del Codice commerciale di massima si devono innestare nel Codice generale civile, così crediamo, che le massime del Codice di processura commerciale debbano essenzialmente far parte del Codice generale di processura, restituendo, se non il concetto, almeno in parte il fatto, e le discipline ordinate per la cessione dei beni.

§ 6°.

Il Codice di processura generale può essere innestato nel Codice civile generale.

Noi abbiamo già detto nelle brevi osservazioni premesse alla risoluzione di codesti problemi, che, resecate dai Codici attuali di processura, le molte materie, che si attengono allo stretto ordine del giure civile, le discipline relative alla trattazione dei giudizi non si possono dire essenzialmente connesse con quelle; possono stare da sè in un volume a parte con nome o titolo, se si voglia pur anche di Codice di processura civile; e il problema si può dire, almeno per quel che consentono i tempi nostri, con tutta ampiezza e sufficientemente risoluto; ma non dobbiamo tacere come si potesse con un titolo a parte sotto nome — di modo di trattare e far valere i diritti in giudizio — riunire codeste disposizioni in un solo corpo di legge. Certamente, se si trattasse di una semplice unione materiale delle diverse disposizioni, la cosa sarebbe di così poco momento, che non meriterebbe tampoco la pena che se ne facesse parola; ma diversamente i dettati disciplinari non possono non avere corrispondenza coi principii generali del giure: le materie relative alle nullità, alle prescrizioni, alle solennità volute

Digitized by Google

come requisiti essenziali all'acquisto ed all'esercizio di determinati diritti, sono regolati dalle stesse massime tanto nell'uno che nell'altro giure; e quando le disposizioni e discipline relative a queste materie fossero collocate posteriormente a tutte le altre disposizioni, la loro razionalità si estenderebbe necessariamente a tutte le materie contenute nel Codice; e le leggi, dipendenti tutte da un concetto unico, organate secondo l'unità di questo concetto, sarebbero più rettamente svolte, più facilmente intese.

Non ci estendiamo al di là di queste brevi osservazioni nella trattazione di codesta materia, poichè quanto abbiamo già detto in antecedenza serve a dimostrazione del nostro concetto e della verità e giustezza del medesimo.

§ 7°.

Se il Codice di processura penale possa essere innestato nel Codice penale di massima.

Qui pure saremmo brevi, perchè occorrono gli stessi fenomeni che tra il Codice civile di massima e il Codice di processura civile, ed occorrono quindi gli stessi dettati; alcune disposizioni del Codice di processura, come quelle della riabilitazione, della grazia, della revisione dei processi, delle prove, dei testimoni, degli effetti della regiudicata appartengono essenzialmente all'ordine di massima, e potrebbero e dovrebbero anzi essere riunite nel corpo delle leggi di massima; le altre relative al procedimento per la definizione dei giudizi (certo cosa del tutto disciplinare, in tutto dissimile dalle materie ora discorse) potrebbero senza difficoltà essere disposte in un volume a parte sotto nome di Codice o di regolamento; si potrebbe ancora, come abbiamo proposto per la materia civile, unire il complesso di queste discipline al Codice penale, sotto titolo — di modo di procedere in giudizio — collocandovi posteriormente le dottrine relative alle nullità, prescrizioni, perenzione, sicchè le rispettive loro sanzioni si estendessero all'una e all'altra materia, all'uopo dell'esatto e pieno sviluppo del principio della unità della legge, e delle loro interpretazioni.

§ 8°.

Ora venendo all'ultimo problema nel caso, che non si possano fare gl'innesti dei Codici di processura in quelli di massima (lasciato a parte ciò che si è detto del Codice di processura commerciale, dacchè per la troppa affinità delle rispettive sanzioni, le disposizioni di quelle possono essere innestate nelle disposizioni del Codice di processura civile), si potranno i due Codici di processura civile e penale riunire in un Codice solo, e per questa parte almeno rendere più semplice e più chiara la legge.

La cosa, a dir vero, è piuttosto impossibile, che difficile: per quanto gl'istituti dell'una e dell'altra procedura non abbiano altro scopo, che quello di servire allo scoprimento della verità, e all'esercizio dei diritti spettanti alla società, ed ai privati, a tenore della legge di massima; pure debbono essere tanto diversi i mezzi, sono tanto varie le cautele, così diversamente organati i sistemi che si osservano nel valersi, e di quelli e di questi, che la loro riunione se per avventura si facesse materialmente, non troverebbe facilmente un nesso razionale, che secondo la razionalità vera delle cose la giustificasse e la mostrasse, siccome un progresso vero dei tempi; non vogliamo però dissimulare, che sarebbe per eccellenza utile, riordinarli sotto all'influsso dei principii generali, che regolano e questo e quello; che sarebbe per eccellenza conforme a ragione riunire in un sol capo molte disposizioni (lasciate a parte quelle che si riferiscono alle prove, in quanto noi le abbiamo collocate secondo la loro entità razionale nel Codice di massima), che sono essenzialmente comuni o si possono almeno rendere comuni (se anche non siano di presente) per maggiore brevità e chiarezza dalla legge: tali sarebbero le materie relative alle competenze, alle citazioni, alle sentenze, intimazioni, appelli, ricorsi in cassazione ed altre poche materie di questo genere. Ma perchè codesta innovazione potesse aver luogo, bisognerebbe che i Codici, di processura fossero ridotti a disposizioni brevi e meramente disciplinari; che dal Codice di procedura civile da una parte fossero escluse molte complicate ed inutili disposizioni, che regolano i rapporti dei contendenti, come una dettagliata istruzione per le manovre soldatesche; dall'altra, che le disposizioni del Codice di procedura penale relative all'istruttoria

del processo, alle prove, che si compiono nella medesima, agl'uffici e diritti degli ufficiali pubblici che ad essa incombono, fossero diminuite, ridotte a proposizioni più conformi agli universali dettati di procedura; e ciascuno può facilmente vedere che ai tempi nostri le nuove legislazioni non sono tanto avanti da permettere un'opera così profonda, la quale richiede nella generalità dei cittadini un complesso di dottrina, una conformità e sicurezza di opinione, che ancora non esiste.

Crediamo quindi, che, anche non tenuti divisi i due Codici civile, e penale, non si possano perciò non tenere divisi i due Codici delle relative processure; non troviamo però irragionevole, che i due Codici si potessero, almeno con largo vincolo, riunire fra loro, perchè ad ogni modo la ragione intima delle disposizioni dell'uno e dell'altro ordine sarebbero rispettivamente lumeggiate, e le differenze, che fra loro si verificano, servirebbero a mostrare in quali parti siano gli errori, in quali si potrebbero introdurre i miglioramenti, giacchè infine ciò, che non è permesso o non è buono in uno, non può essere permesso, nè riuscire buono nell'altro; ciò che ripugna a ragione per uno, non può non ripugnare anche per l'altro; che se per avventura poi si tentasse di compiere questo nesso in alcune sole materie del genere di quelle delle quali abbiamo parlato, si farebbe opera egregia, ed atta per eccellenza ad iniziare anche in quelle, che sono, e paiono fra loro estranee e diverse, il trionfo dei principii generali del giure, che la specialità e la materialità delle disposizioni disciplinari fa così facilmente dimenticare, specialmente agl'ingegni superficiali e poco addottrinati.

Così in breve noi abbiamo accennato a miglioramenti, che si possono a nostro avviso operare nelle leggi a tutto vantaggio della civiltà avvenire, e non crediamo di esserci male apposti, se anche per avventura non abbiamo esposto con esattezza sufficiente il nostro concetto; se anche nello accennare alle diverse parti, nelle quali il corpo delle leggi potrebbe essere diversamente plasmato ed organato, abbiamo errato; altri giudicherà della ragionevolezza dei nostri intendimenti, e della giustezza delle nostre proposte.

Che se ciò posto noi diamo uno sguardo alle leggi amministrative, che ora direttamente, ora indirettamente fanno pur sempre capo o alle leggi civili generali, od alle leggi penali, chi non vede che, sebbene per la loro natura speciale, e molte volte disciplinare, non

Digitized by Google

possano, non costituire un corpo di leggi a parte, che più degli altri deve subire i mutamenti delle opinioni e della forma dei Governi, secondo il concetto che li muove, o la passione giusta od ingiusta, che li domina; chi non vede, diciamo, che non pertanto in molte parti si possono mettere in buon accordo colle leggi ora indicate, e si può così riordinare con grande utilità tutta la legislazione amministrativa al lume dei principii generatori dell'universo giure! D'altra parte gli ufficiali amministrativi dando mano all'applicazione della legge, saranno pure costretti ricorrere a seconda dei casi a principii più alti, che quelli, che essi sono soliti invocare, e dedurre il significato delle parole delle leggi dai dettati della scienza, che essi non credono di presente applicabili ai casi, che sono rimessi alle loro risoluzioni; così, a mo' di dire, tutte le leggi sulle spropriazioni per utilità pubblica, sugli incanti delle sostanze pubbliche e sulle opere pubbliche si possono bellamente regolare nelle disposizioni del Codice civile, bastando, a mo' di dire, per ciò che riguarda l'interpretazione della legge, un semplice articolo, col quale si dichiarasse che la medesima *è regolata coi principii e colle norme colle quali è regolata la interpretazione delle leggi civili:* parimenti per ciò che riguarda agli incanti, alle contravvenzioni in genere, alle prove che occorrono per istabilirne la esistenza, alle circostanze aggravanti, attenuanti, ed altre simili materie, attenentisi all'ordine morale della giustizia punitiva, tutto potrebbe essere ordinato nelle leggi penali, dimodochè, salve alcune specialità dei casi, pei quali si credesse necessaria la eccezione, non si dovesse fare altro nelle leggi amministrative, che disporre per gli altri il ricorso alle leggi generali. Certamente gli ufficiali amministrativi avrebbero minor campo alle divagazioni ed alle false valutazioni delle cose, le leggi amministrative, cessato quel continuo e fatale loro rinnovamento, che è fatale detrimento della retta amministrazione della giustizia, e prova indubbia della insania ed incapacità dei governanti, qualunque essi siano, prenderebbero quella evidenza che debbono avere, e che non sempre in essa si riscontra.

Poste in luce poi codeste leggi, tanto più difficili, quanto la loro ragione sembra elastica e superficiale, si aiuterebbe di molto la risoluzione teorica e pratica del gran problema sui limiti della competenza civile ed amministrativa, e della distinzione tra l'ammini-

strativo puro e semplice e l'amministrativo contenzioso, sul quale di presente si fanno questioni così sottili da non disgradare quelle sottilissime disquisizioni e distinzioni delle accademie peripatetiche dei secoli scorsi, e merita bene che si dia alacre mano a farli cessare.

Non si può quindi dubitare, che, ordinato il nuovo corpo delle leggi, sotto questo grande complesso e generale aspetto, non ne debbano scaturire tutte quelle maggiori utilità, delle quali abbiamo in breve parlato.

N° 2°.

Dell'ordinamento legislativo, in quanto sì nel giure civile, che nel giure penale, o si estendano al di là del necessario le prescrizioni, che si attengono alla tutela della società e dei privati, o si lasci troppo libero ed aperto il campo al maltalento umano, e per difetto di istituti giuridico-morali, l'uomo non sia abbastanza disciplinato per volere e fare il meglio.

Ciò posto, non sarà inopportuno delineare in breve in questi prolegomeni, in via di quesiti e di proposte, alcuni dei difetti, che a nostro avviso si verificano nelle leggi attuali, salvo di farne poi esplicita discussione nello svolgimento del lavoro proposto, onde appaia fin d'ora in qual campo, specialmente in ordine legislativo, si porteranno i nostri studi, e secondo che noi pensiamo, le opinioni della giurisprudenza avvenire.

Incominciando dal giure civile generale è facile comprendere, che posto a riscontro da una parte la larghezza dei dettati del giure attuale, poste dall'altra a riscontro le condizioni della civiltà ed assennatezza avvenire, non si può discutere in massima parte di istituti nuovi, di nuovi temperamenti e regole di diritto da applicarsi alle nuove condizioni della società futura; si deve discutere unicamente, se i limiti imposti a certi diritti, fatti e convenzioni nelle vigenti legislazioni siano o no ragionevoli; se non sia necessario invece a voler plasmare una legislazione facile, conforme ai bisogni ed alle libere istituzioni de' popoli, non sia necessario, diciamo, rimettere nuovamente nei Codici molte di quelle facoltà, di quei contratti che furono aboliti; se non sia necessario, resecare molte di quelle proibizioni, che a semplice titolo di prevenzione

Digitized by Google

contro gli abusi umani di presente sono state introdotte negli istituti odierni.

Così (a colorire, a mo' d'esempio, con qualche specialità in nostro concetto) noi proponiamo: se sia ragionevole la dottrina, che la desuetudine, specialmente nelle leggi e nei regolamenti amministrativi, non possa mai importare una tacita deroga alla legge; che la consuetudine non possa costituire mai la base e il fondamento di un diritto; e se al contrario, essendo codeste dottrine indeclinabili, la sola novità della legge, considerata in se stessa, sia la giusta ragione della momentanea loro disdetta, e diremo ancora, della scientifica negazione di uno dei grandi dettati della legge romana e comune.

Se siano in piena consonanza coi dettati della ragione le discipline adottate riguardo ai forestieri, alla patria podestà, ai matrimoni, alle tutele; o se le leggi relative non richieggono per avventura ora maggiore larghezza, ora più severo ordinamento, ora maggiori cautele.

Se sia giusto e conforme a ragione l'ordine successorio stabilito dalle leggi attuali riguardo alla parità tra maschi e femmine o non sia invece più conforme alle condizioni proprie delle famiglie, e degli individui il serbare una razionale sproporzione fra il maschio e la femmina.

Se non sia ragionevole permettere la istituzione di qualche fedecommesso entro determinati limiti per le sostanze ed il tempo pel quale debbono durare; l'esperienza ci dimostra, che in alcune famiglie da padre a figli la prodigalità si propaga come una funesta lebbra. I nipoti ridotti alla miseria portano la pena degli errori altrui: perchè un parente prossimo, un avo avveduto non potrà disporre, che una parte dei beni sia salvata fino alla seconda o terza generazione, tantochè i mutamenti delle condizioni dei tempi e delle persone possano arrecar confidenza, che quel patrimonio non sia loro conservato indarno; la legge che vieta sifatta istituzione è basata nel concetto giustissimo della piena libertà e commerciabilità dei beni umani, ma chi può credere che alcune istituzioni di questo genere siano tanto contrarie, costituiscano tale ostacolo al pieno svolgimento del medesimo, da doverle pienamente ad esso sacrificare? In questa materia si scambia il concetto cardinale della istituzione con una di lei accidentalità, come si suol fare infinite volte, e per evitare i danni arrecati dalle contingenze pro-

Digitized by Google

prie di questa, si tende ad abbattere affatto l'istituto che potrebbe pure conservarsi, fatti i debiti mutamenti in quella; infatti qual ragione di vietare, che i beni dei fedecommessi possano essere posti in commercio; basta che si conservi un patrimonio, non occorre che si conservino dei dati beni, basta che i beni si vendano ragionevolmente, e vi siano sostituiti altri beni o danari, vincolati per legge a crediti fruttiferi, perchè l'interesse generale della società sia conciliato con quello degli eredi fidecommissari; la preesistenza dell'una non rechi danno alla esistenza dell'altra; certamente nel medio evo l'ente fedecomesso escludeva il concetto della alienazione dei beni a fronte della sostituzione di altri; ma ciò era conseguenza piuttosto della fatale opinione regolatrice della società di quei tempi, la quale, secondo gli istituti da lei organati, importava il vincolo della metà per lo meno dei beni, in quanto appartenevano a feudi, monasteri, chiese, fedecommessi ecc. che una conseguenza indeclinabile della sua vera natura; ed è perciò vera l'osservazione nostra che si è scambiato l'accidente colla sostanza; anche ai tempi nostri per breve periodo di tempo sono inalienabili i beni dei minori, interdetti; ma nulla vieta, che per necessità ed utilità non possino essere alienati; perchè non si può fare altrettanto dei fedecommessi? Anche ai tempi nostri si possono nominare eredi i figli nascituri, di determinate persone, e questa istituzione può importare, che i beni siano soggetti ad amministrazione, e stazonalità per lunghissimo periodo di tempo, e chi crede perciò che la istituzione sia dannosa al commercio o contraria alla piena disponibilità dei beni, tanto giustamente favorita dalle nuove leggi?

Se ammettendo la esistenza e formazione dei livelli, sia lecito o ragionevole permetterne lo scioglimento a volontà dell'utilista, come all'art. 1562 del Codice del regno; se sia stata savia, e ragionevole la concessione della facoltà di sciogliere quelli istituiti per lo passato, specialmente nei rapporti alle Opere pie ed altri pubblici stabilimenti, che sole omai per la più parte ne hanno, soli anche di presente, solevano farne. A noi pare, che essendo libera la vendita sì del diretto che dell'utile dominio, codesto istituto civile, non sia in contraddizione con alcuno dei principii del diritto pubblico e privato, ai quali si vuole sacrificato: ci pare anche, che esso faciliti l'acquisto dei beni stabili anche per chi non sia fornito di molto da-

naro, o beni di fortuna, sia fomite alle industrie ed al miglioramento delle proprietà; mentre poi tiene da una parte esonerati i pubblici stabilimenti dalla necessità di una vasta e complicata amministrazione, dall'altra garantisce dagli effetti tutti delle contingenze umane, lo che è pur sempre un alto benefizio, che l'istituto consente ad essi, senza che l'utilista ne risenta danno; e non si può dubitare che qui pure per troppa imitazione a straniere innovazioni non si sia dato al principio della commerciabilità dei beni una erronea e falsa estensione.

Se sia sempre conforme a giustizia il principio che non si possa per ricerca della paternità, eccetto i due casi contemplati dall'art. 189 del Codice civile.

Se, secondo il concetto della pubblicità delle ipoteche, sia provveduto a sufficienza all'interesse delle persone tutelate dalla legge come pei minori, per le donne maritate, riguardo ai beni dotali e stradotali, per le ipoteche, che la legge loro consente coll'ingiunzione imposta ad alcuni ufficiali pubblici di iscriverle entro dato termine; o se al contrario il loro interesse sia sacrificato all'esagerato concetto della pubblicità stessa, e se non fosse più conforme a ragione consentire il grado delle loro ipoteche a datare dal giorno della tutela e del matrimonio, senza bisogno della iscrizione; poichè da una parte viene a conflitto il pericolo della perdita delle loro garanzie (per le quali certo non suffraga la pena, che si possa infliggere in seguito all'ufficiale, che abbia mancato nel non prendere per essi a tempo le opportune cautele), dall'altra una ulteriore diligenza imposta a chi voglia conoscere lo stato ipotecario di una persona, quella vogliamo dire di ispezionare i registri delle tutele e dello stato civile per conoscere se abbia tutele, se sia ammogliato; e non si può dubitare, che questa non debba prevalere su quella: forse la legge per essere troppo conseguente, per parere più liberale e benefica è caduta nello sconcio contrario; come pertanto si permette il secreto fino ad un dato limite di tempo per il privilegio, la ragione vuole, che, si consenta altrettanto all'ipoteca legale, ben inteso senza esonerare perciò l'ufficiale pubblico dall'obbligo della iscrizione e delle pene per le mancanze, nelle quali incorre; si ottenga l'un intento senza rinunziare all'altro. Per lo meno si dovrebbe stabilire, che l'ipoteca iscritta entro i 20 giorni, risalisse per i proprii effetti al giorno, in cui si fa luogo alla di lei attuazione.

Digitized by Google

Se si possa in larga scala attuare il sistema del credito reale, quale fu immaginato dai moderni scrittori; o se al contrario possa ritenersi impossibile nel suo pratico svolgimento, e non si possa dire invece provveduto a quel vincolo e diritto di prelazione, che si voglia imporre sui beni mobili, col contratto di pegno.

Se in tesi di prove in materia civile sia in tutto e sempre necessario attenersi al sistema della prova legale, anzichè a quello della convinzione adottato nel giure penale, giacchè pare a noi, che omai faccia proseliti e acquisti terreno una scuola, che vorrebbe introdurre anche in materia civile codesto sistema, che noi crediamo funesto, e merita bene che se ne faccia ampia discussione: la storia delle origini e dello svolgimento di codesto sistema in Inghilterra, e degli effetti, che per essa si ottengono e in bene e in male, sarà la misura vera del giudizio che si dovrà istituire sulla giustezza di codesta tendenza a rimettere la definizione dei giudizi ad un convincimento individuale elastico, che non dà ragione di se stesso, o la dà solo per mostrare, che spesso si forma fuori della sfera dell'azione, che si svolge nel giudizio? O sì al contrario si deve sospettare sempre degli effetti del monco e povero giudizio individuale per subordinare sempre gli elementi della convinzione ai grandi dettati della scienza, che è l'interprete della coscienza universale che fondandosi sulle esperienze ne fa suo pro', abbonda nelle cautele, quasi mai cade in errore, mentre per la coscienza individuale, studi, esperienze, dottrine sono cose vuote di significato; l'uomo dell'oggi giudica come potrebbe giudicare l'uomo vissuto da oltre mille anni prima, non fa suo pro' nè della dottrina, nè della esperienza.

Se sia giusto e razionale il limite imposto alla prova testimoniale per una somma di sole italiane lire cinquecento, o sì al contrario il limite stesso sia erroneo e contrario ai più giusti e sacri diritti della società e del cittadino. Non solo per negligenza, ma per necessità di educazione, di condizione di luogo e di tempo, qualche volta si può somministrare una cotal somma superiore a lire cinquecento senza ritirarne apposita dichiarazione, la persona debitrice può morire, gli eredi ignorare il fatto; è resa impossibile al creditore la prova per giuramento; perchè la legge vorrà punire con tanto danno non una negligenza, ma un atto di gentilezza e di educazione? Si tuteli pure l'individuo, ma non al di là del giu-

Digitized by Google

sto; lo si tuteli, ma non fino al punto che la protezione per uno si volga in pregiudizio dell'altro: come pertanto in materia commerciale, così in civile, sarebbe giusto permettere questo mezzo di prova per qualsiasi somma, per lo meno lo si dovrebbe tutte le volte, che vi fossero indizi che il fatto avvenne, e la persona non ebbe tutto l'agio non solo fisico, ma morale, di ottenere la prova della fatta somministrazione.

E basteranno queste poche parole, e per accennare in via meramente di esempio, siccome noi volevamo, in modo del tutto generale alle grandi questioni legislative, sulle quali siamo per portare il nostro esame, e per mostrare che lungi dall'entrare in campo del tutto nuovo, non mietuto dalla giurisprudenza antica, abbiamo solo a porre in luce la ragione dei supremi suoi dettati, per dire, che si errò scostandosi dai medesimi: non accenniamo poi qui ad alcuni principii fondamentali del giure moderno diverso dall'antico, ad alcune massime speciali da introdursi a compimento delle disposizioni contenute dai Codici, come in materia di domicilio, di servitù, di prescrizioni ecc. poichè si andrebbe per le lunghe troppo per questi prolegomeni, e non si potrebbero a sufficienza sviluppare in questa parte del nostro lavoro senza mancare alla giusta economia, che il suo titolo importa (1).

Dal giure civile passando al giure penale, più ardua e difficile materia si presenta al nostro sguardo. In questa parte noi dobbiamo tenere metro totalmente diverso, quivi non possiamo prendere dal giure antico che pochi dettati relativi alla ragione delle presunzioni, alla definizione e qualifica dei reati, laddove appunto la scienza è antica ed immutabile; ma la ragione della graduazione e proporzione delle pene, che si desume essenzialmente dalla civiltà dei tempi, si deve per intero desumere dalla indole dei tempi presenti e più, che da questi, dall'aurora del tempo avvenire, che pure si irraggia agl'occhi dei veggenti, e splende abbastanza per far

(1) Accennando a materie distinte, sulle quali si possono promuovere gravi questioni in ordine legislativo, non abbiamo voluto escludere, che in altre parti importanti del giure non si verifichino eguali ragioni di disamine e di studi; molto meno abbiamo creduto di dover entrare nel campo delle speciali disposizioni di leggi, in cui i mutamenti sarebbero, a nostro avviso necessari, perchè sarebbe troppo, e vogliamo fare questa nota, solo per escludere l'opinione, che gli studi, che ci proponiamo di fare in proposito, siano monchi e difettosi, e di piccolo conto, e di impossibile attuazione.

Digitized by Google

conoscere, che i tempi nostri sono meno civili di quello, che la vanità nostra presume, e non possono avere altro merito, che quello di iniziare per l'avvenire i miglioramenti, dei quali avremmo a parlare. Nè alcuno vorrà dire perciò, che noi neghiamo ai tempi nostri quell'alta civiltà, della quale godono, e che si dimostra in tutta la sua grandezza col semplice riscontro alle barbarie del medio evo, e della monca, e, al paragone, difettosa civiltà del secolo scorso; poichè i benefizi della civiltà presente non sono opera nostra, sì solo opera dei padri nostri: in materia di progresso chi opera non coglie mai del frutto di sue fatiche; lo prepara per chi vien dopo.

I nostri studi pertanto in soggetta materia per ciò, che riguarda il Codice penale si debbono estendere in parte alla natura e qualità dei reati, in parte alla natura e graduazione delle pene.

Quanto alla prima crediamo: 1° Che non sia abbastanza bene determinata in tutte le sue parti la natura dei reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato (art. 154 del vigente Codice penele), poichè, a volerli considerare troppo latamente, come nelle leggi presenti, improntate più di quello che sia di ragione, a sistema di prevenzione e di sospetti, importano, che siano considerati come reati molteplici fatti, che esaminati più equamente in base ad un più giusto criterio possono apparire fatti del tutto innocui, e non passibili di giudizio e di pena (art. 160 Cod. sudd. cospirazione anche d'accordo fra due persone non seguita da atto d'esecuzione); 2° Che non siano sempre giuste le proporzioni delle pene pei colpevoli di più reati; 3° Che non siano sempre giusti gli aumenti di pena pei recidivi, specialmente laddove la recidività si verifica per reato di genere diverso (art. 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128 Cod. stesso); 4° Che non siano sempre esatti i termini sulla natura e qualità dei reati di falso, di truffa, di abuso di confidenza, di appropriazione indebita, poichè da una parte si è non rare volte usata tanta elasticità di frase, tanta indeterminazione di parole, che riesce ben difficile determinare i veri confini dell'intendimento dei legislatori, mentre poi dall'altra i legislatori per essere troppo conseguenti, e seguendo alcuna fiata più da vicino di quel che fosse necessario, i concetti del giure civile, alcuna fiata scostandosene troppo, hanno ordinate tutte queste materie in modo tale, che non di rado un'immoralità profonda, in quanto si crede, che cada sotto il reato di appropriazione

indebita o di abuso di confidenza, si punisce assai più lievemente, che una immoralità minore, perchè si crede, che cada sotto il concetto del falso, il quale importa una pena superiore alla reità di proposito e di affetto del delinquente; e la ragione umana ripudia un sistema, che ripugna ai sentimenti indeclinabili ed invincibili della sua coscienza (1); 5° Che non siano sempre esatti i termini e le disposizioni sulla natura e qualità delle estorsioni, rapine, furti qualificati, giacchè le parole sconfinate dalla legge, in ispecie pei due primi reati, possono giustificare qualunque esagerato giudizio; i titoli pei quali in alcuni casi si dichiara qualificato il furto, posti a riscontro fra loro, servono a dimostrare indubbiamente, che si punisce con eguale misura una delinquenza molte volte diversa, che il caso entra sempre per una buona parte nella maggiore o minore estensione del reato, senza, che il legislatore ne tenga il debito conto; e il giudizio dell'uomo, che è pure la vera pietra di paragone della bontà dei giudizi dei tribunali, mostra ad evidenza, che il legislatore è in difetto. Chi a mo' di dire crede, che la semplice apertura di un uscio non chiuso a chiave, ma a saliscendi con corda, od altro, debba valere, come la rottura di un muro, la costruzione di una chiave falsa, che importano sempre una premeditazione, mentre questa non la importa? Che la semplice escalazione di un muro, facilmente superabile, per salire ad una finestra aperta, importino la delinquenza di proposito, che la rottura di finestra, l'uso di scale per salire sui tetti? Che la semplice ora notturna, considerata dalla legge ad un'ora dopo il tramonto fino ad un'ora prima della nascita del sole, sia una giusta misura di una reità maggiore, e così, che l'aumento o la diminuzione della pena siano rimessi al nudo arbitrio, usiamo questa espressione, che si adegua bene al nostro concetto, di pochi minuti in più o in meno, mentre d'altra parte, specialmente nell'inverno, la facilità del commettere i reati, non è maggiore a un'ora dopo il tramonto di quello, che sia a due, o tre, o quattro ore dopo, giacchè le famiglie non si coricano mai alle sei o alle sette della sera (2), i ladri che procedono

(1) La dissonanza tra i giudizi istituiti dall'uomo libero dalle norme della legge, non ristretto entro i limiti da essa fissati, e quelli proferiti dai tribunali è così fragrante e profonda, che non occorre miglior dimostrazione all'uopo di provare, che in questa parte la legislazione è del tutto monca ed imperfetta.

(2) Sarebbe stoltezza negare, che l'oscurità della notte non sia più propizia ai malfattori, ma questa si verifica poco appresso il tramonto, e non pertanto la

dopo deliberato proposito, e non per istantanea volontà, a rubare nelle case altrui procedono sempre ad ora molto avanzata, e quando le famiglie d'ordinario giacciono immerse nel sonno, e non è giusto che la delinquenza di questi, sia considerata eguale, sia egualmente punita, che la delinquenza degli altri, che procedono in ore diverse, eccitati dal fatale loro istinto, e dalla effimera e fallace loro speranza, di non essere scoperti. Così diremo riguardo al furto qualificato per ragione di somma; in generale si ruba meno di lire cinquecento, perchè non si trova altro, non per lasciare alcuna cosa al derubato, si ruba di più delle lire cinquecento solo perchè l'occasione fa rinvenirlo, non si ha la moralità di lasciare il dippiù; questa pena pertanto è regolata meglio dal caso, che trae gli uomini al mal fare, che dal sentimento di una vera e giusta proporzione, che in queste cose pure si deve serbare scrupolosamente. Parrebbe quindi, che il furto non potesse mai, per la sola ragione della somma involata, dirsi qualificato, se anche in ragione del danno il furto di una somma abbastanza ingente meriti una punizione maggiore di quella, che pel furto di somma di poco conto: che se poi si vuole meglio, che dal carattere del dolo, prendere le mosse dalla entità del danno, per regolare l'estensione della pena, chi non vede, che il danno è diverso secondo la condizione delle persone: la stessa somma per un ricco è cosa di poco conto, mentre pel meno agiato è una parte più o meno estesa del suo patrimonio; sarebbe quindi del tutto giusto e ragionevole, che abolita la qualifica del furto per ragione di somma, si potesse, a seconda dei casi, dare facoltà ai tribunali di aumentare o diminuire la pena entro giusti limiti, a seconda della maggiore immoralità, e del maggior danno recato al cittadino derubato, senza imporre dei vincoli preventivi, i quali importano di necessaria conseguenza dei giudizi, che ripugnano al sentimento morale degli uomini tutti.

Troviamo infine indegno di una nazione equa e civile la disposizione, che gli uomini sospetti solo per essere rinvenuti posses-

legge non se ne occupa: non prendendo ragione delle sue disposizioni dalla sola oscurità della notte, ma dal fatto che la gente raccolta nell'interno delle case sia meno alle vedette, che in altre ore, chi non vede, che da un'ora a due dopo il tramonto non corre differenza, e che perciò l'aumento non potesse verificarsi che nelle ore, nelle quali le famiglie sono solite coricarsi, come a mo' di dire, alle nove od alle dieci.

sori di strumenti atti a perpetrare furti, siano condannati anche per tempo non breve al carcere, perchè si possono avere senza intenzione di malfare, solo per non sapersene privare, senza alcun intendimento di valersene in alcun caso speciale, e non è lecito punire la intenzione, non è lecito estendere la prevenzione fino a punire per sospetto, che uno possa delinquere; così con eguale efficacia potremmo dire dei divieti, e delle pene per i detentori e portatori di armi, giacchè anche in questi fatti il dolo è presupposto, non è provato col processo, e non è giusto, che in base a semplici presupposti del legislatore si punisca un cittadino per un fatto, che può rivelare una inosservanza, una negligenza, giammai un dolo od una colpa.

Molte altre osservazioni di quest'ordine potremmo fare sugli estremi della calunnia, delle lettere minatorie e dell'ingiuria, e sulla natura delle contravvenzioni, e nei loro effetti e nel nesso, che si verifica in quest'ordine di fatti tra il giure civile e penale, e le conseguenze, che ne derivano a filo di logica in molteplici casi, assai diversi da quelli, che sono presuposti ed esplicati nelle attuali leggi penali, ma la ristrettezza impostaci dalla natura del presente lavoro ce lo vieta, e noi ci riserbiamo di parlarne in seguito.

Che se dopo di ciò ci facciamo a parlare della ragione ed estensione delle pene, lasciata a parte l'ingiustizia morale della pena di morte, che pure fra non molto deve cessare dal contaminare i Codici dei popoli civili; lasciato a parte il fatto costante, che la pena è più grave ed intensa secondo l'agiatezza maggiore, il maggior sentimento, la diversa educazione ed il diverso sistema di vita delle persone, e che pure in determinate condizioni di cose, e secondo, che si suol fare per le donne, dovrebbe importare una differenza, e diminuzione nella pena; al qual'uopo sarebbe pur necessario lasciare un più largo potere ai tribunali ed alle Corti, o dare per lo meno più estese facoltà ai direttori dei luoghi di pena, se non per la condanna, almeno pel modo di amministrarla; noi crediamo, che le pene siano generalmente esagerate; la società per troppo timore dei malfattori, li punisce, come accade mai sempre in tutti i tempi fino a questi nostri al di là di quello, che importi la delinquenza del proposito, e il danno cagionato alla società; è ben difficile trovare in modo del tutto razionale ed astratto la ragione della misura e proporzione delle pene; in fatti sebbene si

guardi all'opera dei legislatori moderni, essa sembra meglio il risultato dei meri concetti di relazione, in quanto si è creduto far tutto quello, che si doveva e poteva, a favore della civiltà presente, abrogando le esasperazioni delle pene del secolo scorso, gli arbitrii consentiti ai giudici, le pene infamanti, avanzo dell'indole schernitrice volgare dei tempi passati, anzichè il risultato di piani, e genuini concetti assoluti, posti a riscontro col concetto cardinale della tutela della società, e dell'iniquo proposito, che si rivela nella infrazione della legge.

Noi qui non entreremo nel vasto, e difficile campo dei veri fondamenti della proporzione delle pene; diciamo però, che la pena è sufficiente, quando supera il bene sperato dalla commissione del reato; e ciascuno può vedere, che non occorre certamente una pena molto grave ed una detenzione molto lunga, perchè l'uomo, se fosse capace di rettamente ragionare, non la trovasse mai sempre superiore agl'utili sperati dalla perpetrazione del reato. Nè si potrebbe venire in campo colla osservazione, che la speranza della impunità congiunta colla leggerezza della pena sarebbe un fomite maggiore alle delinquenze, poichè se bene si guarda, è la sola speranza della impunità, che trae l'uomo a delinquere; e questa certo non opera diversamente, perchè la pena sia più lieve o più grave; la pena opera nei concetti generali della mente umana nei principii primordiali della vita morale ed intellettuale delle persone, e arresta molte volte la mano, che si appresta a percuotere, a rubare; ma quando l'anima umana abbia già preso confidenza col reato, non è che la impossibilità, che lo arresti, non è, che la speranza della impunità, che lo tragga al malfare; e la gravezza della pena non opera gran fatto sul suo volere: noi quindi crediamo, che i giudizi sulle proporzioni delle pene debbano essere informati con profondi studi al principio ora esposto; ed alla stregua del medesimo si parrà a chiunque, che le pene sono ai tempi nostri sproporzionate ai reati, essendo i loro effetti assai più gravi non rare fiate di quel, che lusinghieri siano gl'utili, che ne sperano. Però se la privazione della libertà, come ognun vede, è di già di per sè un gravissimo male, se è doloroso l'essere chiuso nei luoghi di carcere, trovarsi come una fiera a dipendenza di altri uomini, chi non vede, che i lavori forzati a vita sono già una pena troppo grave (lasciando anche per ora a parte i giudizi sui regolamenti interni dei bagni,

che si dicono aspri tanto, che l'uomo non possa a lungo perdurare sotto le loro discipline). Però, quando l'uomo è ormai afflitto dagli anni, macero dalle fatiche, tenetelo pure diviso dalla società, se il reato fa temere di lui, ma fate, che egli pure abbia riposo, e quei miglioramenti nella vita, che la sua età richiede: parrebbe quindi, che la detenzione si potesse ordinare a vita, i lavori forzati a termine di 20 anni al più.

Così diremmo ancora di tutte le altre pene temporarie: noi vorremmo, che ogni pena constasse di tre stadi, l'uno di pena grave, fossero poi i lavori forzati, o la reclusione; l'altro di pura e semplice detenzione, perchè si incominciasse a gustare il frutto della onestà, paragonando, mentre si è ancora sotto la disciplina della condanna, la differenza che corre da stato a stato: il terzo infine di detenzione misto a libertà, permettendo che il condannato o ad intervalli di giorni, (od anche tutti i giorni), sul finire della pena, potesse essere libero nella città di sua detenzione, salvo a raccogliersi a date ore, o per lo meno, a sera nel luogo di detenzione: a questo modo si otterrebbe in isfera molto più larga e providenziale il beneficio, del quale abbiamo parlato di sopra: il condannato sarebbe posto in grado di riannodare le sue relazioni, di preparare l'avvenire suo in società, per quando vi deve ritornar libero affatto, dopo scontata la pena; la società non lo ripudierebbe così facilmente, come di presente, allorchè si presenta come uomo nuovo, appena espiata la pena; egli offeso delle avversioni, o dei modi schifi e sospettosi della società, mentre è ancora in carcere, non ne trarrebbe forse sdegno contro di lei, ma utile ammaestramento per sè, ritornando sul suo passato, giudicando se stesso, come lo giudicano gli altri; e lo sdegno, che anima gli uomini usciti dal carcere appena si trovano a contatto cogl'altri uomini (sdegno pur troppo non di rado fatale consigliere di recidiva) sarebbe già vinto, e il benefizio della libertà intera sarebbe scuola di moralità, e di senno. E se bene si guarda questo sistema, ponendolo a confronto col sistema specialmente della reclusione, che si considera come la pena per eccellenza correttrice, si vedrebbe, che il nostro vince di bontà, che il sistema della reclusione, che che se ne pensi dai presenti, se da una parte ha questo di grande e solenne, che mira alla correzione degli individui più di quello, che si facesse per lo passato, vi giunge, se pure vi giunge, per mezzi troppo aspri, e

severi patimenti dell'individuo, che viene ad esservi assoggettato; e questo individuo, se fino ad un dato limite può essere colla violenza costretto al proprio miglioramento, al di là del medesimo può pretendere a ragione, che gli si tolga libertà per quel tempo, che si crede, ma lo si lasci poi almeno libero di fare e meditare a suo senno quello, che meglio a lui si convenga.

Che se da codeste osservazioni generali sulla esagerazione della pena, discendiamo all'esame di alcune (1) di quelle stabilite dal nostro Codice, noi crediamo, che poche parole basteranno a mostrare la verità delle nostre asserzioni.

Cominciando dai reati contro la sicurezza interna dello Stato (2): presupposto, che nei medesimi si verifichi la vera entità di un reato (locchè a dir vero noi non possiamo sempre ammettere, essendo essi non rare volte effetti di una convinzione per se stessa incolpevole); presupposto, che la società abbia diritto di reprimerli, e prevenirli colla pena (locchè però, secondo i principii astratti dell'etica, e del diritto vero, non si può sempre ammettere), perchè i Governi stanno, finchè stanno le idee e le opinioni, sulle quali si fondano, cadono col volgersi e cangiarsi di queste; ed è quindi inutile il più delle volte punire una idea, che se non cede il campo, mentre si ha la forza per mostrarla impotente, ha abbastanza per far comprendere, che non gli oppositori del Governo, ma sì il Governo stesso è in fallo, e deve mutare o nella sua costituzione, o nella sua amministrazione; una sola osservazione basta a mostrare la falsità del concetto che crea, ordina e predomina questa materia: a breve andare l'opinione contraria al Governo o trionfa nel concetto degli uomini, ed è fatale a un Governo l'aver punito chi la incarnava e difendeva; od è riconosciuta del tutto erronea, la pubblica opinione le è contraria, ed essa teme di mostrarsi, arriva talvolta a sconfessare se stessa, vinta e sconvolta dal turbine della opinione stessa si cela e sparisce; il reato in questo caso (se possiamo dire che sia), eccetto il caso che nel suo estrinsecarsi

(1) Chi non vede che la disonorante pena della degradazione militare dedotta da un esagerato concetto della altezza della condizione militare, comechè una riproduzione o miniatura della schifosa pena della berlina, deve essere abolita.

(2) I reati di stampa in materia politica latamente guardati, si risolvono in reati contro la sicurezza interna dello Stato, ma chi può valutarli a questa stregua!

si svolga con fatti costituenti reato comune si limita alle intenzioni; o si estrinseca solo per mostrare la sua vanità, ed è con ciò manifesto, che le pene inferite contro gli autori di reati politici sono il più delle volte ingiuste deliberazioni del dovere di tutela dalla tranquillità e sicurezza pubblica. Volendo per conseguenza operare secondo giustizia, gli autori di simili reati si possono per più o meno tempo privare del dono della libertà, ma non debbono essere mai puniti della pena dei malfattori, devono essere lasciati a quelle agiatezze, a quella dignità che loro spettano, devono essere liberati appena cessa la ragione di privarli della libertà, senza, che il concetto, che si aveva del fatto loro, quando furono assoggettati al giudizio e condannati, possa prevalere di fronte al fatto, che la società non li teme più, non ha più bisogno di tenere sequestrate le loro persone.

Troviamo falso ed ingiusto il concetto che il ferimento volontario susseguito da morte entro quaranta giorni debba per la pena essere equiparato all'omicidio, daccbè la reità del proposito in questo reato è profonda ed intera, in quello è infinitamante meno profonda e scellerata; in quello molte fiate meglio il caso, meglio la avventatezza, che la violenza della funesta passione, o dell'affetto importa, che il ferimento sia susseguito dalla morte, e ripugna che con tanta differenza d'intendimenti la pena debba essere uguale.

Troviamo nei reati di grassazione esagerato il concetto delle qualità aggravanti, dedotto specialmente dal solo fatto di presentarsi colle armi, colle minaccie, colle violenze costituenti semplici contravvenzioni, in numero di più di tre o cinque individui; grassazioni senza l'intervento di più persone o l'uso di uno o più di questi mezzi difficilmente possono avvenire.

Levate queste circostanze e questi mezzi, e la grassazione diventa un furto semplice, un furto tutto al più qualificato; ora voi punite questo reato con pene assai più gravi, che il reato di furto o semplice o qualificato, non potete quindi, se non in caso di omicidio o di qualche altra grave violenza sulla persona, aggravare la pena ordinaria della grassazione per le circostanze, per le quali parliamo. E valga il vero, se non è il numero, che imponga, se non sono le armi o le violenze sulla persona, che arrestino l'aggredito, come si potrebbe commettere la grassazione? D'altra parte le minaccie a mo' di dire possono valere più di quel, che valga il fatto

della grassazione? Chi può credere, che il ladro, che armato chiede solo i danari senza minaccia della vita, non valga ad impaurire colla sola dimanda tanto, quanto quegli, che fa la minaccia? Che se egli per avventura non minaccia, e sia non pertanto pronto all'occorrenza a fare sulla persona quelle sevizie, che potrebbe fare chi le minaccia, chi non vede, che il fare o no le minacce, può essere effetto di una distrazione, di una esagerazione di spirito dell'aggressore, senza che la loro delinquenza perciò sia diversa, la loro volontà perciò meno prepotente e temuta.

Pare quindi che l'aggravamento della pena non si potesse verificare, che nei casi nei quali vi avesse ferimento, percosse e violenze fatali alla salute o all'onore, o al pudore degli aggressi; al di là di ciò il numero delle persone, le armi, le minacce si devono considerare come elementi costitutivi della grassazione; questa non si può basare sul semplice fatto, che il furto sia eseguito nella strada o nella casa sotto gli occhi del proprietario, anzichè di nascosto, come accade negli altri furti, basta che vi sia un aumento di pena per il timore, che si incute ai cittadini e la maggiore audacia nella patrazione del reato.

Troviamo esagerata la pena della reclusione pei reati di furto qualificato, quante volte il danno, come accade di sovente, sia di poca, anzi di così poca entità, da non potersi sotto molti aspetti considerare come tale: la legge in questa parte dà tanta prevalenza all'elemento della intenzione e della perversità addimostrata nel fatto, che considera il danno piuttosto come occasione, che come ragione sufficiente della pena; e ciascun vede che questa sproporzione costituisce un'ingiustizia, ripugnando che i reati nella misura della pena siano considerati l'uno a stregua diversa dall'altra; così a mo' di dire, un domestico ruba un fiore, un frutto, una lira o cosa di nessun conto per il cittadino, che lo teneva in casa; il domestico ha mancato, ma è ragionevole, che per ciò solo debba essere condannato a tre anni di reclusione; un ladro si accosta di notte a un polaio chiuso a saliscendi, ne ruba qualche gallina, se volete una sola; è giusto e ragionevole, che per ciò solo, per la circostanza del mezzo e del tempo possa essere condannato a cinque anni di reclusione? Lo spirito umano si sente offeso a questa esorbitanza di pena, come presso a poco si sente offeso, leggendo nelle storie del passato, che per furti di questo genere gli uomini erano tratti alle forche.

Egualmente troviamo esagerato e falso l'aumento della pena in proporzione dell'aumento delle circostanze aggravanti, e per quella specialmente del tempo e del mezzo. Volete, che chi va a rompere un muro di una casa il faccia di giorno? pare quindi, che la circostanza della notte non debba esercitare sulla sua pena alcuna influenza, e non si debba fare l'aumento della pena, perchè si verificano le due pretese circostanze aggravanti; volete, che se il ladro dopo d'aver salito un tetto debba discendere ad un piano, dopo salito ad una stanza debba rompere un altro muro per perpetrare il delitto, sia colpevole e per la insalizione e per la rottura, mentre in realtà e l'uno e l'altro fatto erano compresi nel suo iniquo proposito, come un fatto solo ed un mezzo solo? Evidentemente per essere troppo ligi al novero delle circostanze aggravanti, ed al concetto della maggiore immoralità per le maggiori difficoltà superate nel commettere il reato, si è distinto ciò, che non si può distinguere, si è creduto circostanza aggiunta od accessoria quella che è parte sostanziale del reato considerato in se stesso: e la retta ragione umana si ribella a così arbitrarie distinzioni, si addolora allo spettacolo dei funesti effetti, che ne derivano.

Troviamo esagerate le pene per le lettere minatorie, non susseguite da dazione di somme, od eseguimento di fatti; e in dati casi, anche quando sono seguite da tali fatti, le troviamo del pari esagerate, poichè meglio, che la perversità, la debolezza umana concorre alla consumazione del reato, e a questa si vuole assegnata una parte del danno arrecato dal delitto, e deve essere diminuita in equa proporzione la pena ad essa inflitta.

Troviamo infine esagerata la pena dell'arresto per tutti i reati costituenti contravvenzione; da una parte la vera volontà d'infrangere le leggi, qui non si ammette, e non è; sono l'effetto della tempra, dell'abuso del vino, della negligenza od altro; uomini rispettabili in egual maniera, che gli altri possono cadere in contravvenzione, e ripugna che per difetti così lievi l'uomo sia privo della sua libertà, anche per un solo giorno; vorremmo quindi che la pena fosse unicamente pecuniaria, e non crediamo, che alcuno sia per dissentire dal concetto nostro; così diremmo di molte altre pene, delle quali la natura del lavoro ci vieta di parlare.

Osserveremo infine, che non di rado i limiti imposti dalla legge nell'applicazione delle pene (in quanto per determinati reati, avuto

Digitized by Google

anche riguardo alle circostanze attenuanti, per le quali è concessa diminuzione di pena, la medesima a termini di legge non può mai diminuir tanto da passare, a mo' di dire, dai lavori forzati al carcere), sono molto fatali, e tolgono, che la pena sia data secondo la sua giusta misura. Perchè la reclusione non può essere minore di tre anni, non si può limitare, a seconda dei casi, ad un anno solo? Perchè è così rapida la discesa dalla reclusione alla carcere, dai lavori forzati alla reclusione per una differenza minima, che molte volte è l'effetto del caso! Certamente l'arbitrio dei giudici può essere fatale, ma è ottima la legge che crea una lunga serie di gradi nella pena, poichè il giudice può in più larga sfera di facoltà meglio applicarla al fatto, e punire secondo la vera misura della delinquenza; e se la legge non deve lasciar nulla all'arbitrio del giudice, deve lasciare tanto al suo senno, che egli possa, a seconda dei casi essere l'interprete vero dei suoi intendimenti, il ministro non fallibile, o fallibile il meno, che si possa, dei suoi alti e solenni divisamenti.

Del resto crediamo opportuno osservare a compimento delle idee generali ora esposte, che quanto abbiamo detto in ordine alle leggi generali civili e penali, si applica in larga scala anche ai Codici commerciali, marittimi, consolari, militari, e i riscontri fatti in antecedenza tra questi e i due Codici, dei quali abbiamo parlato, ci esonerano dalla necessità di venire ad alcuna osservazione di dettaglio in ordine ai medesimi.

E ora verremo a parlare in breve dei due Codici di processura civile e penale.

È qui specialmente, che la legge si mostra troppo pregiudicata nei suoi concetti, troppo compassata nei suoi procedimenti, severa fuori di proposito, esagerata nelle discipline e cautele che adotta, e tale, che molte volte crea delle difficoltà, che il fatto non presenta. In fatto, senza volerlo, talvolta priva i cittadini dei diritti che nessuno poteva loro contendere: per troppo amore del bene si rende senza alcuna vera ragione di pubblico e privato interesse ministra ed autrice di mali pur troppo indeclinabili; e quello, che è maraviglioso a dirsi, sta in ciò, che mentre la legge poteva ben essere severa nei suoi intendimenti, ma acconsentire non pertanto apposite facoltà, e rimedi atti a declinare, almeno in parte, le conseguenze de' suoi assoluti divieti, o delle sue assolute ingiunzioni, in parte

non le indovinò, in parte negò di adottarle, per essere troppo conseguente; che mentre non è ingegno abbastanza profondo nello studio del giure, e abbastanza pratico dei procedimenti giudiziari, che non sappia, e conoscere questi difetti, e proporre più o meno efficaci rimedi, non v'è legislatore che creda opportuno scostarsi dalle norme fino ad ora adottate, sebbene anche a di lui giudizio per avventura gli effetti non corrispondano sempre agli intendimenti, pei quali furono introdotte. Così v'ha mai sempre chi, fuori dal campo delle semplici meditazioni e delle astrazioni delle cose, costretto a tenersi nel campo pratico, non ha fede nelle astrazioni della scienza, le crede molte volte inattuabili, crede per lo meno che gli effetti, o sorpasserebbero, o non sopperirebbero alle intenzioni, e in questo concetto si attiene al sistema, che ha creduto praticamente possibile, quantunque non lo conosca scevro da difetti.

Qui la materia a discutersi, le censure a farsi per quello, che pare a noi, sarebbero tali e tante, che non possono certamente trovar posto conveniente in questi prolegomeni: basterà bene accennare alle cose più culminanti e radicali, perchè sia fatto aperto il nostro intendimento, e si vegga se le nostre idee siano utopie o pensieri, che si possano nell'interesse dei popoli tradurre in fatto.

Per quanto i giudici nel concetto del legislatore e della retta amministrazione dello Stato non siano differenti l'uno dall'altro; per quanto la diversa competenza dei diversi magistrati, ordinata secondo le maggiori o minori difficoltà, che in via di presunzione presenti una causa, sia una necessità, e possa guardarsi come una provvidenza della legge; per quanto i termini per la trattazione delle cause siano ordinati con sufficiente larghezza, e si possano considerare come una necessità sociale, all'uopo che un cittadino possa costringere l'altro a stare in giudizio, ed a subirne le conseguenze; pure non si può conceder tanto a questi procedimenti da disconoscere, che in determinati casi, per determinate condizioni di cose e di persone possono riuscire fatali: noi quindi troveremo ottima la legge, la quale stabilisce bensì codesti ordinamenti per tutti i casi, e contro tutti quegli individui, i quali amino piuttosto subire la ragione della legge, che interporre l'opera del loro senno a tutela del loro interesse, ma vorremmo, che i cittadini anche procedendo davanti i tribunali del regno potessero per volontà loro

francarsi dai limiti e dalle prescrizioni fissate in proposito dalla legge.

Come pertanto si stabilisce, ed a ragione, della nuova legge, che le parti possono prima del giudizio esperimentare la conciliazione; così noi crederemmo opportuno, che col verbale della tentata conciliazione, le parti fossero libere di poter scegliere a loro posta gl'arbitri, i quali giudicassero della quistione loro a termini di legge, col diritto di ricorrere, e in seconda, e in terza istanza, e colla facoltà di nominare altri individui fuori dell'ordinaria giurisdizione dei tribunali, che giudicassero appunto in seconda e terza istanza (1), e fossero liberi di demandare qualunque causa di qualunque natura fosse a qualsiasi tribunale o giudice del regno, sicchè a mo' di dire la causa, che per ragione di forma sarebbe, secondo il sistema attuale, di competenza dei tribunali, potesse essere rimessa alla cognizione dei pretori, qualunque causa di competenza per ragione di materia e di forma dai pretori potesse per la sua qualità e natura essere demandata ai tribunali di prima istanza; fossero libere infine di far uso di quelle prove, che ritenessero migliori, derogando alle relative disposizioni della legge; di assegnare per la trattazione della causa quei metodi di procedura, quella quantità e qualità di termini, che ritenessero meglio opportune, e adottassero insomma quelle misure, che credessero meglio confacenti al loro interesse, perchè la causa fosse posta in istato di spedizione, e la istanza si potesse dire perenta; certamente a primo abbordo queste facoltà possono sembrare esagerate, e argomentando dal passato si può ritenere, che il legislatore sia posto nella assoluta necessità di regolare i procedimenti, negando alla libertà degli individui quelle larghezze, delle quali essi per avventura fossero per abusare: possono specialmente sembrare dannose al buon ordinamento degli istituti sociali, e la facoltà di portare

(1) Sarebbe supremo benefizio per gli individui e per la società che ormai le parti scegliessero da sè i giudici, siccome costumava il popolo romano, poichè da una parte, scegliendosi, come si sceglierebbero, a giudici persone della loro maggiore confidenza e della maggiore riputazione in paese, facilmente chi ha torto resterebbe persuaso d'averlo, e diminuirebbero le liti; dall'altra lo Stato sarebbe esonerato dalla necessità di intrattenere tanti giudici e Tribunali, quanti deve intrattenerne di presente, e ciascun vede quanta utilità pubblica e privata sarebbe per derivarne.

le cause a qualsiasi tribunale, in quanto si potrebbe temere, che un tribunale fosse aggravato di troppe cause, l'altro fosse più del bisogno mantenuto nell'ozio con disdoro degli uomini che lo compongono; e quella di determinare la forma del procedimento e la qualità delle prove, delle quali si può far uso, in quanto i tribunali, lungi dalla facilità e sicurezza d'interpretare ed applicare rettamente una legge di processura comune per tutti sarebbero posti nella necessità in ogni contestazione di simile genere di dovere interpretare la volontà dei contendenti sul patto instituito nello esperimento di conciliazione, e ad ogni causa risolvere una quistione tutta nuova, e totalmente diversa di procedura; ma è facile vedere, che delle facoltà, delle quali parliamo, pochi userebbero, per lo speciale motivo, che pochi possono essere gli individui, che volessero recarsi a trattare le cause davanti a tribunali diversi da quelli del luogo o della provincia loro, e rinunziare ai benefizi delle disposizioni di leggi in ordine alle prove; e perciò cotesti timori e dubbi, come del tutto infondati, non potrebbero essere buona ragione, perchè si declinassero questi nostri concetti, se per avventura non si credano erronei e fallaci per altri motivi; mentre invece, dando tali facoltà, si provvede a tutti i desiderii, a tutte le contingenze, nelle quali si possono trovare i cittadini, e si fa opera larga, e conforme alla libertà vera dei popoli, senza perciò escludere alcuna delle discipline della legge per gli uomini infidi e renitenti.

Noi vorremmo, che davanti ai pretori, e per le cause di un valore superiore alle lire centocinquanta il procedimento non fosse orale, ma scritto, come davanti ai tribunali: in ogni piccola causa si possono sviluppare quistioni d'alta indagine: per quanto sia piccola la causa, il fatto non è men difficile, si presenta sempre confuso e involuto, non tutti sono pronti a conoscerne la vera natura, a farne giusto apprezzamento; e non può non parere erroneo il sistema della piena e sola oralità, che per gli esposti motivi si mostra imperfetta, e può non poche fiate porre in pericolo la condizione d'alcuno dei contendenti; parrebbe quindi ragionevole, che il procedimento fosse scritto, uguale a quello, che pei tribunali di prima istanza; unicamente si potrebbero dimidiare i termini per la trattazione delle cause, fissare il giorno per la prolazione della sentenza, dietro istanza di parte ammettere le medesime a riassu-

Digitized by Google

mere ordinatamente davanti al giudice le ragioni adotte nei diversi atti a sostegno dei rispettivi assunti.

Per lo stesso motivo noi troviamo del tutto erroneo il sistema: 1° Che i giudici, i quali seggono nei tribunali di prima istanza e d'appello, intervengano all'udienza senza avere prima esaminati gli atti della causa, perchè è impossibile, che se ne possano fare una esatta idea in base alla sola narrazione dei procuratori, e così comprendere di un tratto tutta la ragione del fatto e del diritto, sicchè l'udienza si risolve perciò in una vanità, e in una perdita di tempo; 2° Che in determinati casi i medesimi abbiano a giudicare in base alla semplice relazione fatta da uno di loro, poichè questi per avventura può errare nella disamina del fatto, vi può dare un colore, che realmente non abbia; e l'intero tribunale, sentenziando sulla base della relazione stessa, può ben risolvere giustamente i punti di questione in diritto, che siano ad esso proposti, ma non può egualmente valersi dei lumi di tutti i suoi membri per potere apprezzare e determinare i caratteri del fatto; 3° Che non sia data facoltà a quelli fra i giudici che sono in minoranza di significare il loro dissenso dalla opinione della maggioranza, e darne i motivi; perchè da una parte è contrario alla buona coscienza e dignità dell'uomo e del Magistrato, dall'altra allo splendore ed all'interesse della scienza. Parrebbe quindi opportuno a noi, che tutti i processi fossero prima della udienza letti ed esaminati da ciascun giudice, ond'essi potessero meglio apprezzare le ragioni, che fossero adotte dagli avvocati all'udienza, sicchè il tempo, che in questo si impiega, non fosse del tutto inutilmente sprecato, come lo è di presente.

Così riguardo ai termini assegnati per date incombenze, ed alle perenzioni dei diritti, perchè non esercitati in detti tempi; noi crederemmo opportuno adottare la massima, che la decorrenza dei termini, non importasse mai perenzione di diritti, se non là dove la persona a cui tale perenzione fosse per giovare, ne facesse apposita dichiarazione coll'assegnazione di un dato termine alla parte contraria a proseguire oltre il giudizio, finchè l'ultimo termine, effetto della volontà dell'interessato, non fosse inutilmente decorso: sicchè, nè la negligenza di un procuratore potesse essere di nocumento all'uno, nè la legge, uguale dispensatrice dei diritti, e protettrice degli uomini, si facesse per opera propria, al di là di quel, che

voglia, o mostri volere il cittadino, involontaria ed ingiusta ministra di utilità ad uno, di danni all'altro; le leggi moderne, sospettose di alcuni troppo lunghi procedimenti del secolo scorso, elevarono contro ragione a concetto di interesse pubblico la pronta definizione delle cause, sostituirono se stesse alla volontà dei cittadini, mentre ai tempi nostri difficilmente si avrebbero liti e questioni così lunghe, come quelle, che fecero venire i legislatori in questa sentenza; mentre ai tempi nostri questa troppo viva protezione dei cittadini per la pronta e sollecita definizione delle loro quistioni, non di rado si volta in loro manifesto danno, laddove al contrario il tempo può farsi consigliero di utili transazioni, può portare il suo lume a schiarimento di molte questioni, può dar mano a scoprimento di prove, che prima non si avevano, può far scoprire la fallacia di quelle, che siano state fatte, se per avventura vi abbia di mezzo la falsità di un testimonio od altro; e sarebbe opportuno, che i termini fossero lunghi, e i diritti non si perimessero, che al seguito di opportune diffidazioni degli interessati con assegnazione di termini a proseguire nelle cause, sotto minaccia della perenzione dei diritti.

Nè taceremmo, che si può dire altrettanto delle molte nullità stabilite dalle moderne leggi nel caso di inadempimento di date solennità e prescrizioni dalle medesime fissate nella tessera degli atti giudiziali. La migliore delle leggi è certamente quella, che consente maggiore larghezza ai cittadini; che li lascia arbitri delle loro sorti; che crea minori difficoltà; che dà la minore importanza possibile alle discipline, che essa crede adottare a direzione degli uomini alla tutela dei loro interessi; che meno si crede in dovere di proteggerli al di là di quel, che sia necessario nei loro rapporti cogli interessi sociali; che ammette un maggior numero di equipollenti razionali per sopperire ai difetti, nei quali siano incorse le parti o i loro procuratori; e basta bene essere informati alla suprema ragione di questi dettati, per ammettere, che le leggi moderne sono indebitamente, e fatalmente irte di difficoltà non naturali, ma fittizie, da esse create, sono state poste nella necessità di creare delle nullità non dedotte dalla ragione intima delle cose, ma dalla natura fittizia ed erronea delle difficoltà stesse (1), alle quali si può facilmente

(1) I legislatori, molte volte per essere conseguenti, diventano assurdi, qual

rimediare; noi quindi al di là di ciò, che riguarda la determinazione della persona e della cosa caduta in questione, le quali involgono necessariamente la nullità del giudizio, ripudieremo tutte le altre nullità sancite dalla legge attuale; un procuratore non produce un mandato, l'altro non fa opposizione, vi è il tacito riconoscimento del tacito mandato e basta. I tribunali non devono dichiarare la nullità del giudizio, se è adito un foro incompetente per qualunque ragione, anche del così detto interesse pubblico; la parte, che può valersi di questa nullità non la oppone, i tribunali non se ne debbono occupare d'uffizio. La citazione non è esatta, l'azione non è bene determinata, non è rettamente indicata la disposizione della legge alla quale si deve ricorrere; la parte, che può prevalersi di questi difetti, non lo fa, resta incerto se essa voglia o no approfittarne; però se i giudici per questo silenzio abbiano abbastanza per ben comprendere e determinare la volontà dei contendenti, debbono sentenziare in merito, non rifiutare il loro giudizio, perchè vi sono di mezzo cotesti errori. La citazione non porta il termine a comparire, si deve stabilire, che s'intende accordato il termine in via ordinaria, e la citazione non ha più d'uopo di essere annullata. Così dicasi riguardo al tribunale, se non sia bene indicato dinanzi a quale tribunale si debba comparire; devono bastare alcuni fatti equipollenti, dedotti o dalle firme dei cancellieri, o dalla qualità della causa, deve per lo meno costituirsi nella schiera dei fatti apprezzabili dai tribunali, non mai di quelli nei quali il difetto relativo costituisce assoluta nullità di citazione o di giudizio. Così ancora non deve essere dichiarato nullo un giudizio, perchè chi ha interesse al voto del Pubblico Ministero non se lo procaccia, poichè non si può dire, che il tribunale in base al voto del medesimo, avrebbe sentenziato diversamente da quello che ha fatto; e così andiamo oltre dicendo per tante altre nullità di minor conto, poichè la generalità delle osservazioni fatte basta per mostrare, e il nostro intendimento, e il modo, con cui si può provvedere all'interesse

più fragrante esempio della verità di questo giudizio, di quello della disposizione contenuta nell'art. 848 del Codice penale: per effetto del medesimo chi giura il falso per 10 lire è giudicato e punito: chi giura per somma maggiore a L. 500, può ridere tranquillamente in faccia al suo creditore, senza paura di essere molestato: che è mai una legge penale in cui chi delinque di più è impunito, chi delinque meno non può sottrarsi al giudizio ed alla pena?

Digitized by Google

pubblico e privato, senza dar luogo a quelle fatali nullità che recano tanto danno alle parti, al concetto della giustizia, all'interesse generale della società.

Quanto all'azione intentata dall'attore una legislazione del secolo scorso stabiliva, che s'intendesse col libello intentata quella azione, che fosse più proficua all'attore stesso in modo che il senno del giudice supplisse al difetto dei procuratori: a primo abbordo questa disposizione, considerata in astratto a filo di logica, può sembrare una grossolana transazione tra i principii del giure e l'interesse dei contendenti, ma, guardata al lume della ragione pratica, è una veramente grande e nobile maniera di giovare all'interesse dei cittadini, senza il bisogno di moltiplicare e rinnovare i giudizi; chi non dirà, che se questa disposizione è veramente providenziale, non dovesse la medesima trovare nuovo posto nel corpo delle leggi attuali?

Così riguardo alle citazioni, agli appelli, noi crediamo, che il sistema moderno sia inutilmente complicato, riesca di sovente dannoso all'interesse pubblico e privato. Infinite discipline pei segretari, procuratori ed uscieri (1), infinite difficoltà pratiche, non rare volte gravi dispendii, per far sì, che le citazioni abbiano luogo nei termini fissati dalle leggi; chi non lo vede, chi non ne fa lamento! Se diversamente da ciò, gli uscieri fossero alla dipendenza del segretario, il segretario regolasse tutta la materia delle citazioni ed intimazioni, bastasse, che gli atti fossero prodotti alla segreteria, perchè s'intendesse provveduto, a debito tempo al voto della legge, ed alla misura dei termini fissati, quand'anche le intimazioni avessero luogo in seguito; sarebbe sempre, e a un punto, conosciuto quale è il tribunale, d'innanzi al quale si è chiamati, il termine, entro il quale si è chiamati, sarebbero risparmiati molti

(1) Se per avventura si dicesse, che questa complicazione di enti è tolta di mezzo col sistema del nuovo Codice, da che la citazione è propria esclusivamente dell'usciere, è facile a rispondere, che per evitare un difetto se ne è creato un altro più grave: quando e come l'usciere può tenere le veci del procuratore, come si può affidare a lui un'incombenza, che richiede lumi, che egli non ha: il solo sistema presso di noi possibile è, che si conservi il concetto generico della importanza dei libelli e citazioni, e che questi siano per lo meno opera dei procuratori, seppure non dovessero essere degli avvocati, non siano propri degli uscieri mai.

Digitized by Google

requisiti della citazione, che ora sono indispensabili, e che allora non sarebbero necessari; e sarebbero risparmiate le più fra le nullità, alle quali si va incontro di presente anche per il solo difetto degli uscieri.

Troviamo ancora erroneo, e complicato il sistema attuale, riguardo alle persone, che conservano gli atti, alle diverse incombenze, che si devono condurre a fine, perchè siano fatte le prove, ai molti dispendi, che occorrono per levare le copie dei verbali contenenti le prove, per la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero, e la riproduzione degli atti davanti al tribunale. A nostro avviso gli atti della causa insieme ai documenti dovrebbero essere affidati al segretario; le parti non dovrebbero avere, che i duppli in carta libera a tenore del sistema spanocchiano, con facoltà di riscontrarli cogli originali; le prove si farebbero agli atti della causa, e non sarebbe più bisogno della produzione della copia autentica dei relativi verbali, i fascicoli degli atti sarebbero spediti al Pubblico Ministero, a debito tempo, rimessi ai giudici per lo studio e la fissazione dell'udienza; ogni fascicolo avrebbe il registro dei suoi atti, e col solo registro della rubrica delle cause si avrebbe mezzo per trovare tutti gli atti, senza perdita di tempo (1). Ora citazioni per i procuratori che hanno ritirato i recapiti, e non li rimettono in segreteria; citazioni pei procuratori che non presentano gli atti, perchè siano passati al Pubblico Ministero; citazioni, perdita di tempo, dispendi per atti, i quali si possono bellamente prevenire col nostro sistema, e basta questo solo riscontro (senza che ci dilunghiamo più oltre), per mostrare la bontà del medesimo,

(1) Ogni cancelleria di tribunale ha 30 registri; bisogna cercare gli atti di qua e di là ne' medesimi, come presso a poco fa chi giuoca a gatta cieca; v'ha perdita di tempo pei cancellieri e pei procuratori, e quel che più monta, la certezza che a lungo andare è forse reso impossibile trovare col soccorso dei medesimi tutti gli atti dei quali si abbia bisogno, perchè chi avrebbe tanta lena e tanta pazienza da fare lunghe indagini per atti antichi per affari già obbliati; chi può trovare, non diremo buono, ma tollerabile un siffatto sistema; chi non la dirà una vera insufficienza legialativa: al contrario se tutto fosse riunito in fascicoli, chi non vede, che in breve colla semplice rubrica della causa, con un semplice elenco delle rubriche si può provvedere alla bisogna. Ora come le leggi disennate prendono nome di grandi e belle, le vecchie e buone si ripudiano, solo perchè esistevano prima! Siamo con ciò abbastanza bene giudicati.

Digitized by Google

e la brevità, alla quale si potrebbero ridurre le disposizioni del Codice di processura, e tutti i regolamenti che servono per metterli in moto.

Diremmo altrettanto per quel che riguarda l'esecuzione delle prove; a nostro avviso la prova testimoniale o peritale, appena proposta dovrebbe contenere e la tessera dei fatti, sui quali si propone, e la indicazione delle persone, che si propongono a' testimoni o periti, perchè a tempo si potessero fare le eccezioni che fossero del caso; ammessa la prova, basterebbe una semplice dimanda, per l'esecuzione senza bisogno, che i giudici fossero di continuo travagliati dalla comparsa delle parti: per quanto col sistema di procedura per mezzo d'usciere, si voglia togliere i cittadini dalla dipendenza dei giudici, questi, per maggior sicurezza, che non siano predominati da falsi concetti, e da indebite influenze, si vogliano estranei alla causa, non si può far tanto, che nella più parte, non si debba ad essi ricorrere per le incombenze necessarie nel proseguimento della causa; e se si guarda la cosa a questa stregua si verrà facilmente nella sentenza, che la citazione per decreto di giudice (ben inteso, che se ne può far senza, se i tempi siano così ombrosi da ritenere dannosa alla giustizia la primitiva di lui conoscenza ed ingerenza nella ordinatoria ed istruttoria della causa), in quanto per lo meno mette un giudice nella conoscenza della causa, può essere proficua per la giusta estimazione delle quistioni, che possono nascere in ordine alle prove stesse.

Che se dopo di ciò passiamo all'esame del sistema adottato dalle leggi vigenti pei giudizi in esecuzione sui mobili, stabili, crediti, per espropriazione, graduazione dei creditori, purgazione degli stabili, noi troviamo non poche altre discipline indebite, oziose, tali insomma, che senza alcun utile diretto, e vero per troppo amore di cautela, e di protezione sono complicate, e tornano meglio a danno, che a profitto dei cittadini; ma ci asterremmo dal parlarne, e, perchè le considerazioni, che saremmo per fare, prenderebbero una proporzione troppo vasta ed estesa, e, perchè il semplice e nudo esame delle medesime basta a far fede della verità di questa nostra asserzione (1).

(1) Perchè la determinazione dei valori degli stabili secondo 60 volte il tributo diretto, mentre si sa che valgono tanto più; non è più ragionevole determinarli

Digitized by Google

Ed ora venendo a parlare alcun poco del Codice di procedura penale bisogna cominciare dal dire, che i difetti e gli errori si riscontrano in assai minor numero in esso, che nel Codice di processura civile; e ciò si deve alla semplicità nei metodi di prova, che si riduce, si può dire, quasi integralmente alla testimoniale, alla qualità delle persone, che sono incaricate ad iniziarli, e condurli a fine in modo del tutto secreto con ogni larghezza di facoltà e di poteri, fino al giorno del solenne giudizio, al concetto, che la sola convinzione sia la norma per giudicare, se un dato individuo sia, o no, colpevole.

Le osservazioni nostre si limiteranno a poche: le une, relative agli ufficiali incaricati delle misure atte a prevenire e scoprire i delitti e i loro autori, alla quale materia s'innesta quella del sequestro delle persone e del carcere preventivo; le altre relative ai magistrati incaricati della formazione dei processi, alla quale si innesta il sistema delle prove e della messa in accusa, ed a quelli incaricati della decisione della causa, alla quale fanno le teorie della convinzione specialmente nel giudizio per giurati.

Quanto alla prima, se non esagerate, sono per lo meno troppo elastiche le disposizioni, colle quali viene data facoltà ai semplici agenti di pubblica sicurezza, alle guardie forestali (in quanto possono fare le contravvenzioni) di raccogliere le prove dei reati, ma sì ancora di passare alle visite domiciliari, agli arresti dei prevenuti; lasciando a parte quel che si debba pensare dell'esagerato sistema del carcere preventivo, e delle indebite condizioni, che si vogliono per ottenere la libertà provvisoria, delle ingiuste eccezioni che si creano in proposito riguardo alle persone, che si dicono di mala fama, delle maggiori difficoltà che per lo meno si creano riguardo al povero incapace a dare cauzione; pare a noi, che la legge abbia indebitamente, al di là di quello che vuole ragione, messo alla balla di uomini indotti ed incapaci la libertà personale dei cittadini; poichè, sebbene ai tempi nostri in teoria non valga quel tremendo e stolto adagio delle vecchie scuole *male captus bene detentus*, è

in base alle perizie, si dice che il debitore, provvederà, provvederanno i creditori, se il prezzo è inferiore al vero; ma quasi sempre quello, moltissime volte questi non possono farlo, non possono acquistare, perchè non potrebbero pagare, e questa osservazione contiene un sofisma e una insolenza.

pur vero, che in pratica ha perciò appunto tutta la prevalenza che aveva secondo i tempi antichi.

Quanto alla seconda, lasciato a parte quel cardinale difetto, che è proprio dei magistrati, non della legge, alla quale ottemperano, di non andare con tutte le cautele e le prescrizioni volute negli esami, che assumono a schiarimento, solo per preparare la materia al giudizio solenne, dal che derivano poi lo sconcio della contraddizione tra l'esame scritto e l'orale nel dibattimento, le contestazioni che insorgono in proposito, talvolta le censure indebite al testimonio per parte del presidente, che attribuisce a lui un difetto, che invece sta negli istruttori, e la necessità, in cui questi non rare volte è posto, di ammettere ciò, che realmente non può ammettere, solo, per non essere detto uomo, che si contraddice, e talvolta sottoposto a processura penale come falso testimonio (1); è certo, che la legge non è abbastanza provvida, quando permette che tutte le perizie siano fatte da periti nominati dal giudice senza l'intervento di alcuno nominato dall'imputato; è vero che se la perizia di costoro paia erronea, vi si può rimediare nel dibattimento con la nomina di nuovi periti, ma che importa, quando questi non hanno più sott'occhi il corpo del reato, devono giudicare sulle risultanze del processo verbale partendo dal concetto, che sia vero in fatto quanto si attesta nel verbale portante l'esecuzione della perizia stessa; è certo ancora, che l'influenza del Pubblico Ministero, che interviene nella serie di tutti gli atti giudiziari, influisce più o meno apertamente, direttamente od indirettamente nell'animo e nella mente del giudice, toglie a questi quella piena libertà d'azione e di voto, che è pure indispensabile, perchè le condi-

(1) Chi non sa, che in ogni giudizio penale uno almeno dei testimoni nega di avere detto ciò che si rileva dal processo scritto: lo faranno tutti per disonestà, per favorire il reo, o per recargli danno; nessuno lo crede: ciò deriva per certo da difetto del sistema del processo scritto: invece delle minute domande, alle quali facevano seguito minute e speciali risposte, la persona si esamina come si suol dire tutta d'un fiato, facendole esporre di seguito tutto quello che sa: dopo il giudice, il cancelliere riducono in iscritto la sua risposta peggio di quel, che faccia una persona, se non ignorante, almeno non dotta abbastanza nella propria lingua, che si faccia a tradurre un'opera da altra lingua poco conosciuta, o per lo meno non intesa abbastanza per afferrare e riprodurre tutta la efficacia della parola, la estensione e il significato delle frasi; e di qui ha veramente origine questo universale sconcio, che non è mai lamentato abbastanza.

Digitized by Google

zioni tra imputato e Pubblico Ministero sieno pari come pure mostra volere il legislatore; è certo ancora che la requisitoria del Pubblico Ministero, perchè la persona sia posta in istato d'accusa, può per lo stesso motivo riuscir fatale; e giacchè l'istruttoria del processo è pure lasciata al libero senno del giudice istruttore, sarebbe necessario, che anche in questa parte egli dovesse, senz'altro da solo e senza detta requisitoria, decretare, se la persona imputata dovesse o no essere rimessa dinanzi ai tribunali giudicanti, salvo al Pubblico Ministero il farne appello alla Camera di consiglio (1). Fate gli esami dei testimoni nel processo scritto alla presenza dell'imputato o del suo difensore, accettate tutte le domande loro in quanto siano conformi alla legge, se è vero, che vogliate serbare la parità di trattamento: facendo diversamente le vostre parole sono una menzogna! Che giova, che vogliate i giudici popolari per maggior garenzia dei cittadini, se poi lasciate libero il campo a magistrati di ordinare le processure a loro senno, di abusare della loro posizione? Il processo scritto qual è di presente, mostra la insufficienza del sistema, che si adotta poscia nel giudizio definitivo.

(1) Giacchè siamo entrati a parlare di complicazione di operazione, di moltiplicazione di enti, non possiamo non correre un istante col pensiero al sistema, nel quale questa moltiplicazione si svela nella più alta proporzione, vogliamo dire, il sistema del giudizio per giurati. Questo sistema importa come essenziale conseguenza che non solo il giudice istruttore, la Camera di consiglio, ma eziandio una parte de' consiglieri d'appello debba guidicare in antecedenza, se l'imputato debba, o no, essere mandato davanti ai giurati. Con cotesto sistema si hanno tre voti di giudici, due dimande del Pubblico Ministero, più l'atto d'accusa e non si può dubitare, che non vi abbia più di quello che sia necessario, che non vi abbia duplicazione di enti: se diversamente da questo sistema giudicassero i magistrati come dei delitti, così dei reati costituenti crimine, si potrebbe certamente risparmiare questa lunga serie di operazioni interne. Il Tribunale incaricato di conoscere dei crimini potrebbe anche conoscere dei reati costituenti delitti, potrebbe assolvere dove non vi avessero gli estremi nè dell'uno nè dell'altro reato, il procedimento sarebbe più breve e molto meno dispendioso.

Noi quindi auguriamo, che cessi un sistema così complicato, e che non serve poi a dare al cittadini tutte quelle garanzie, che da tanta complicazione si potrebbero attendere: forse il miglior sistema sarebbe, che i crimini e delitti fossero tutti rimandati davanti ad uno stesso Tribunale, anche quando si dovessero instituire due turni: quanta complicazione tolta di mezzo, quanta semplicità e tranquillità acquistava nell'ordinamento giudiziario: Istituito un Tribunale solo di prima istanza, uno solo di seconda istanza, e la giustizia procede da sè, come si suol dire, procede meglio per lo meno.

Digitized by Google

Quanto alla terza, le nostre osservazioni cadono sulla redazione dei verbali d'udienza, sulla influenza del Presidente delle Assisie e del Pubblico Ministero, sul sistema del giudizio per convinzione.

Quanto ai verbali d'udienza sarà sempre una conseguenza, se si vuole, indispensabile del sistema della convinzione, ma tale però che serve a dimostrarlo erroneo e difettoso, il limitare la necessità dei requisiti costituenti la verità e giustezza del verbale, alla sola indicazione delle generali del testimonio, alla menzione del giuramento, senza che resti cenno di quanto ha deposto; per quanto si abbia fede in codesto sistema, per quanto il verdetto dei giurati si tenga per intangibile, chi non vede che sarebbe necessario che si tenesse memoria del deposto dei testimoni: anche quando per avventura non si potesse mai fare assegnamento sul medesimo, per decidere se il giudizio dei giurati sia o no conforme alle sue risultanze, per lo meno si potrebbe studiare la verità o falsità di questo sistema sulle risultanze di questi atti; per lo meno l'autorità suprema dello Stato potrebbe trarre motivo per una grazia; per lo meno si potrebbe avere il conforto dagli imputati, che il processo non porta le prove del reato che viene loro apposto; la società avrebbe in questo verbale una serie di documenti atti a dimostrare la bontà delle sue istituzioni; ora non resta che un giudicio nudo, che stringe il cuore d'affanno, perchè non lascia nemmeno il conforto di potere mostrare in seguito che il giudizio fu o ingiusto o errato: o ingiusto, perchè pur troppo può accadere qualche volta che sia conseguenza della passione, del sospetto, dell'ira; o errato, perchè il più delle volte conseguenza dell'errore, delle false opinioni, delle difettose nozioni di chi lo pronuncia.

Ciò poi si rende più manifesto, quando i verbali dei giudizi davanti le Corti d'Assisie si pongono a riscontro coi verbali dei giudizi davanti ai Tribunali di prima istanza, che contengono pure il riassunto delle risposte date dai testimoni: si dice che qui è necessario, perchè le cause possono essere portate in sede d'appello, ed è necessario che il magistrato di seconda istanza conosca quello che è stato detto; e noi ben consentiamo in ciò, ma perchè quello che si fa in un giudizio, che serve a contenere la memoria dei fatti, non deve essere adottato, come giusto sistema, anche nell'altro! Del resto non sarà sfuggito ad alcuno, come non rare volte il segretario non faccia nel suo verbale la riproduzione fedele del

Digitized by Google

detto del testimonio, e come molte volte sia assai difficile colla scorta del solo verbale farsi una retta idea, non diremmo del fatto, ma della esatta dichiarazione del testimonio; e noi quindi crediamo che ad ovviare ad ogni difetto in proposito, fosse opportuno che il segretario leggesse, al cessare della deposizione del testimonio, quanto ha scritto in ordine alla medesima, onde si potessero fare quelle osservazioni e correzioni, che si ritenessero del caso: potrebbe questo sistema apparire grave e difficile, ma non è ragione perchè non si adotti, quando sia, come a noi pare, realmente il solo capace a garantire la società, che le cose non siano male riprodotte e peggio in seguito intese.

N° 3°.

Del sistema delle prove, in quanto da una parte nel giure civile il campo sia troppo ristretto, e si pretenda spesso dai privati ed ignoranti, quello che essi non sanno o possono fare; dall'altra nel giure penale si rimetta troppo al sistema della convinzione personale, che è pure la negazione della verità scientifica di tutta la dottrina dei secoli, che si volle elevare appunto al di sopra di questo fatale, sconfinato, terribile ed incensurabile modo di prova, incensurabile anche laddove in fatto riesca ingiusto ed iniquo.

Può ben parere a tutti a primo abordo, che non si possa tampoco mettere in dubbio, che l'adozione del sistema della convinzione personale non sia un alto trionfo della presente civiltà, che il sistema della prova legale non fosse altrimenti che l'opera di una giurisprudenza timida ed inetta; ma con quali argomenti si giustifica il sistema della piena convinzione personale governata dal carattere più o meno difettoso da uomo a uomo secondo la minore o maggiore estensione delle idee e degli studi? Chi può non temere d'essere con questo sistema giudicato erroneamente? Al contrario di ciò il sistema della prova legale alla opinione individuale sostituisce il giudizio, diremo così, della legge e della scienza; può darsi che questo giudizio sia troppo compassato, che in forza del medesimo l'uomo giudice si trovi nella necessità di

Digitized by Google

dichiarare non provato il fatto e la reità della persona, laddove la coscienza dell'uomo sia convinta del contrario, e perciò il reo si sottragga alla pena; e non vogliam dire, che non sia un male; ma di fronte al pericolo, che presenta l'altro sistema, noi non dubitiamo asserire, che non sia migliore il sistema, che presenta migliori garanzie per gli uomini onesti; mentre poi in fatto non si può negare, che anche codesto sistema della convinzione qualche fiata manda, egli stesso, assoluto chi non lo merita; vediamo anche noi, che colla istituzione dei giurati il sistema della prova legale è fatta del tutto impossibile; ma ciò non importa, che il nostro sistema sia erroneo, che non si possa portare ad argomento della fallacia di quella istituzione, e ne parleremo in seguito; intanto è d'uopo osservare, che se le proporzioni troppo aritmetiche, alle quali si volle ridurre la prova legale, l'ha fatta cadere in discredito ed in abborrimento, è difetto dell'abuso, non della cosa in se stessa, la quale non pertanto, tenuta nei giusti limiti di un ragionamento esatto, e sorretta da argomenti dedotti dalla intima natura del fatto (che non si può nè escludere, nè negare), è l'opera alta e solenne della ragione, val tanto al disopra del sistema della convinzione, quanto vale il dettato della scienza da tutti indubbiamente accettato, alla opinione di un individuo nè dotto, nè fornito del lume del necessario ingegno. Però si deve concludere, che il sistema della prova legale è il solo atto a garantire la società: che come si ammette nei giudizi civili, lo si deve ancora nei giudizi penali; che se per avventura vi abbiano in ordine alla medesima, secondo la vecchia giurisprudenza, regole omai viete e di presente inaccettabili, si potrà bene ripudiarle, ma non mai negare il sistema; che il sistema dovrà essere conservato in questo senso almeno, che chi giudica abbia a dare i motivi del suo giudicato, e questi a lor volta possano essere posti in discussione, e rinvenuti giusti. (Vedi la Nota A in fine del Capo, pag. 175).

Le quali cose noi siamo venuti discorrendo in breve piuttosto perchè appaia, che i tempi nostri forse hanno ripudiato non solo ciò che era viziato, ma quello ancora che era bella e splendida conquista della ragione umana, vogliamo dire per lo meno la *motivazione* delle sentenze; e dopo aver toccato così alto tema, non ci occuperemo di molte e piccole quistioni di dettaglio, che si potrebbero ulteriormente proporre, e discutere a complemento di questa

Digitized by Google

materia; come a mo' di dire, se sia ragionevole o no, davanti ai giurati, la lettura della sentenza d'accusa, non bastasse invece la lettura della semplice dispositiva, e i giurati fossero posti a cognizione del fatto solo mediante la lettura dell'atto di accusa; se non sia incomportabile che la stessa narrazione sia fatta tre volte di seguito (1), senza che i giurati e popolo porgano attenzione ad altro, che a quello che vien detto dal Presidente e dal Pubblico Ministero; a nostro avviso letta la dispositiva della sentenza d'accusa, il Pubblico Ministero dovrebbe esporre a voce l'accusa, il Presidente riassumerla all'imputato, per evitare il dubbio che non avesse ben inteso, e ci pare che v'abbia a sufficienza per la chiarezza del giudizio: se non fosse necessario permettere alle parti di essere ammesse, anche pendente il giudizio dalle assisie, a fare nuove prove per avventura a loro occorse poco prima o pendente il dibattimento, senza che dovessero in tutto dipendere dal potere del Presidente: se non fosse ragionevole, che questi non avesse facoltà di ordinare prove a schiarimento a carico dell'imputato, se non quando ne fosse richiesto dal Pubblico Ministero, onde serbare intatto il concetto della dinamica dei giudizi, ed evitare che l'uso del potere discrezionale, anche laddove non riescisse a stabilire alcuna prova a carico dell'imputato, pure come dimostrazione del giudizio del Presidente non tornasse, per errore dei giurati, soliti a modellare il loro giudizio sul giudizio di chi ritengono più dotto ed esperto (2), fatalmente dannoso all'imputato stesso; se non

(1) Lettura della sentenza d'accusa, lettura dell'atto d'accusa, riassunto dell'atto d'accusa per parte del Presidente; chi non vede che è troppo affatto, affatto troppo: e perchè questo? Perchè e giurati ed imputati bene apprendano l'oggetto del giudizio; ma credete così dappoco e giurati, che abbiano bisogno di tutte quelle ripetizioni, che si fanno a mo di dire nell'insegnare la manovra ai poveri e rozzi coscritti; e perchè allora li fate giudici! Che se credete, che al contrario ciò sia necessario per la intelligenza degli imputati e delle parti, che sono in giudizio, mostrate fare assai cattiva stima di loro, mentre poi la destrezza, colla quale cercano provvedere al loro interesso è la dimostrazione indubbia, che essi posseggono la materia del giudizio meglio forse di alcun altro: ad ogni modo è chiaro per lo meno; che quella troppa narrazione non serve in nessun modo alla loro intelligenza.

(2) Nè solo riguardo al Presidente si verifica questo sconcio della autorità che egli esercita nella opinione dei giurati. Il peggio si è che molte volte l'autorità del Rappresentante del P. M. acquista tanta prevalenza sull'animo dei giurati, specialmente se egli sia dotto e facondo, e più se sia destro ed avveduto uomo,

fosse opportuno sopprimere il riassunto del Presidente, o per lo meno la esposizione per di lui parte di qualsiasi giudizio su quello che è stato detto dal Pubblico Ministero, o dal difensore, e l'aggiunto di qualsiasi argomento a carico dell'imputato, dal P. M. per avventura ommesso, onde evitare, come pur troppo accade quasi sempre, che la sua opinione prevalga sull'animo dei giurati; perchè, ammesso ancora, che egli giustamente dimostri erronea qualche opinione, e specialmente quelle della difesa; una volta, che si addotta così grave, difficile e geloso sistema, si deve evitare ancora, che i fatti dell'uomo guastino, o tolgano comunque colore ed efficacia alle disposizioni della legge, e così si deve fare per chiunque pur voglia i giurati liberi e sciolti da qualsiasi pressione di autorità

che li trascina ad accettare in tutte le sue conchiusioni, senza che essi pensino tampoco a discuterle, e porle a riscontro cogli argomenti della difesa, che ritengono quasi sempre svolti a titolo di opportunità. Io qui non voglio entrare nel campo delle questioni pratiche che si possono fare, e si fanno giustamente sulla sconfinata autorità concessa a codesto funzionario dell'ordine giudiziario, del fatale antagonismo che si crea tra questa e la magistratura giudicante, dell'indebita prevalenza, che si vuol dare a questa, della troppa ingerenza che le si attribuisce e negli affari civili e negli affari penali, imperciocchè non è materia adatta al mio tema; dall'altra parte ciò è stato detto e dimostrato in ottime monografie recenti, e per aggiungere argomenti nuovi a quelli, che sono già stati svolti, e che certo si potrebbero aggiungere a giustificare la sentenza di coloro, che ne vorrebbero diminuita la prepotenza, occorrerebbe un lavoro di lunga lena che io non posso nè debbo fare: dirò soltanto che nei giudizi penali, il P. M. costituisce una fragrante violazione della parità di trattamento tra accusa e difesa, violazione della parità di trattamento che torna per intero a danno dell'imputato: che importa che il difensore sia un ottimo giureconsulto, che gli argomenti, che egli svolge siano efficaci e conformi al giusto e vero apprezzamento del fatto, quando i giurati prestino meglio fede alla persona del P. M. che agli argomenti della difesa? Noi qui non accenneremo per certo ad un compiuto sistema di riforme, che sarebbero da adottarsi in proposito; diciamo però, che bisogna tornare al concetto dell'accusa e della difesa secondo che era istituita presso gli antichi Romani: il P. M. deve essere rappresentato da un libero professionista, come è rappresentata la difesa, l'autorità delle persone deve essere uguale, l'altezza del grado ufficiale occupato dall'uno non deve tornare a danno dell'altro, quand'anche nell'interno degli uffizi vi possa essere un funzionario pubblico rappresentante il P. M., non vi può mai essere nel solenne giudizio davanti ai giurati: allora solo cesseranno le ingiuste prevalenze: quindi si fa luogo al solito ritornello; questo difetto ha origine specialmente dalla troppo incapacità ed ignoranza dei giurati: togliete il sistema, e riformate i giudizi secondo che è di ragione.

Digitized by Google

altrui (1); se non sia ragionevole e giusto adottare il sistema dei giurati pei delitti, come si adotta pei crimini; se non sia ingiusto ordinare una doppia sede di giudizi pei delitti, mentre non si vuole ordinare pei crimini; se le diverse solennità, la più ampia istruzione che si vuole adottare nei giudizi pei crimini, basti o no a giustificare questa diversità di sistemi, che fa ragionevolmente sospettare, che la legge sia improvvida o insufficiente; se non fosse infine non ragionevole, ma necessario estendere il diritto della revisione del processo in molti eventi, nei quali non è di presente concesso, non solo per evitare le ingiustizie certe e palesi, quali si riscontrano nei pochi casi contemplati nel presente Codice, ma quelle ingiustizie che sono la conseguenza del sistema, d'innanzi alle quali lo spirito umano si arresta spaventato, e chiede perchè non vi sia rimedio, perchè gli uomini si siano creduti in diritto di dover precludere l'adito a nuovi giudizi, laddove la coscienza umana addita che pure sarebbero opportuni (2).

(1) Chiunque ha pratica dei giudizii penali sa: 1° Che i giurati talvolta nel condannare od assolvere, piuttosto, che attenersi alle prove specifiche del fatto, giudicano secondo l'opinione buona o cattiva che hanno delle persone: lo credono, a mo di dire, reo, se tristo, innocente, se fino allora reputato onesto, e Dio vede con quanta ragionevolezza. 2° Che nella incertezza, che li occupa essi sono facilmente governati dall'apparecchio della accusa, dalla parola, e dalla prepotente volontà del Pubblico Ministero, o dai giudizii del Presidente: è, anzi si può dire, quasi impossibile, che il Presidente mostri inclinare per una data opinione, che non sia da essi seguita ed accettata senza contestazione: è quindi manifesto, che se sul medesimo regna una terribile responsabilità, la legge deve anche adoperarsi perchè la sua autorità non varchi i limiti di quella sacra imparzialità di modi e di giudizii, che tolga ad altri la possibilità d'indagare e presupporre quale sia la sua opinione; diversamente da ciò conosciuta, e presupposta dai giurati la opinione del Presidente, si può dire sostituito non rare volte un giudice solo a cinque o sei, che giudicavano secondo il sistema per magistratura, poichè i giurati, come si è detto, l'accettano e la seguono senza discuterla; nessuno si offenda se si dice una verità, aspra sì, ma necessaria a sapersi, perchè la giustizia sia fatta.

(2) Per noi la revisione si dovrebbe ammettere in molti casi dietro decreto di un Tribunale da istituirsi all'uopo, dandogli in proposito ogni più larga facoltà per evitare lo sconcio di funesti danni sociali; in una causa da me trattata furono sottoposti a processo sotto imputazione di falsità quattro testimonii indotti a difesa; non ostante, che il loro numero, la costanza nelle loro affermazioni dovesse far credere, che per lo meno si dovesse sospendere il giudizio fino a tanto, che fosse deciso se essi fossero o no colpevoli, lo si volle senz'altro proseguire, e l'imputato, come era ben naturale, fu condannato; poco appresso fu fatto il giu-

N° 4°.

Dell'organamento del potere giudiziario, in quanto non si è attivato da una parte con tutta quella estensione, e colle forme, che la ragione richiede; dall'altra non si è ordinato in modo, che i giudici possano a sufficienza corrispondere all'altezza del loro cómpito, e per i limiti imposti ai giudizi, come a mo' d'esempio, nel giudizio per giurati, o nel sistema della Cassazione; e per il sistema assegnato ai giudici nell'adempimento dei loro uffici, siccome, a mo' di dire, nella facoltà di sentenziare in materia civile, senza l'esame del processo scritto, al seguito della semplice discussione orale per parte dei procuratori, o della semplice relazione della causa per parte di un giudice.

Ed ora venendo a parlare dell'ordinamento giudiziario noi dovremmo limitare le nostre osservazioni a due sole istituzioni, vo-

dizio a carico dei testimoni; nel medesimo intervenne un'altra persona ad attestare quanto avevano detto i quattro testimoni posti in accusa, e furono assoluti: se si fosse sospeso il dibattimento principale, se non si fossero posti sotto accusa i quattro testimoni in discorso, l'imputato per certo sarebbe stato assoluto, ed è quindi giusta in questo caso la revisione del processo: si dice che i giurati potevano condannare l'imputato anche quando i testimonii non fossero stati posti in accusa, ed è vero; ma non è a supporsi, non lo si può ammettere per vero indeclinabile; sulla base di questo semplice supposto non si può trovare giusta una sentenza di condanna. Usciamo da questa sfera saliente per entrare in un'altra; un imputato fu condannato come autore di furto, perchè, passando davanti a due bovi rubati, ebbe a guardarli, e il testimonio, che deponeva il fatto, narrava, che la maniera con cui li guardava gli ingenerò sospetto, che li conducessero per conto suo, e fossero rubati: due fratelli furono condannati come autori di furto, perchè un loro fratello aveva venduto l'oggetto rubato: errano le Corti nel mettere in accusa per questi fatti: ma esse sogliono e vogliono giustificare il fatto loro per la qualità della loro istituzione, che ammette l'accusa per i più lievi indizi. Intanto però si crea l'eddentellato, la base all'errore dei giurati; intanto la società ha di che tremare di una giustizia che rassomiglia a quella dei giudizi di Dio. No, la revisione è un mirabile istituto dei tempi antichi, necessario più, che il diritto di grazia; che si deve conservare al pari di quello che fu abbandonato, solo perchè i popoli non lo compresero, lo posero a fascio (privandosi erroneamente di un altissimo benefizio) colle vecchie istituzioni: è poi manifesto, che col diritto di revisione è indispensabile stabilire, che il verbale del dibattimento deve contenere la risposta dei testimoni, perchè il Tribunale che deve concedere o negare la revisione dei processi fosse posto in grado di conoscere estesamente i fatti, sui quali dovrebbe poi proferire il suo decreto.

Digitized by Google

gliamo dire, quello dei giudizi per Giurati, e quello del Tribunale di Cassazione.

Noi abbordiamo due questioni gravissime *palpitanti*, diremmo anche noi colla frase ridicola di certi moderni (soliti a voler simulare nel sentimento una sublime febbre del loro spirito), nelle quali, argomentandosi meglio per passione, che per conoscenza pratica, e per giusto giudizio istituito sulla bontà o vizio intrinseco della loro natura, e sulla utilità, o falsità degli effetti che ne derivano, riesce sopra modo difficile ordinare lucidamente, ed esporre esattamente le variazioni, che si vogliono fare sulle medesime, sicchè la vostra voce abbia efficacia di persuadere altrui della giustezza delle vostre opinioni. Infatti sono così estesi, così lontani, così complicati i principii, dai quali tali istituzioni furono dedotte; sono state da una parte così giuste, così serie le osservazioni fatte sui vizi e difetti delle istituzioni antiche da queste surrogate; sono dell'altra così fantastici, così indeterminati, così praticamente erronei i dettati, dai quali si vuole dedurre la loro utilità presente, che l'uomo erra, e sogna a lungo senza accorgersene, scambia sovente la parte principale, e il fondamento della questione colle parti accidentali; guardando a questa, anzichè a quella, crea una serie di giudizi erronei, e si priva della possibilità di potere ben intendere e valutare i giudizi altrui; al di là poi di questo fenomeno naturale dello spirito umano gli uomini (i quali non istudiano, che ben rare volte, le questioni a fondo), o sono sinceramente liberali, e sono da una parte tratti per la sola novità della istituzione a ben giudicarne, non credono dall'altra di poterne fare sinistro giudizio, in quanto rispettano la opinione dei filosofi, e il fatto dei legislatori, da cui si deducono le nuove e felici condizioni dei popoli; o sì al contrario sono retrivi ed avversi al nuovo ordinamento sociale, e procedono collo stesso sistema: deducendo gli argomenti per infirmare la bontà dell'istituzione dagli accidenti, anzichè dalla sostanza, credono dover loro farvi opposizione, solo perchè è una nuova istituzione, non provata al crogiuolo dei tempi, in contraddizione vera, od apparente con molti dei più elementari principii, ritenuti da essi ineluttabili; ed è sotto questo aspetto, che le discussioni si fanno vive, acerbe, e i contendenti dopo lunghe discussioni si trovano al punto donde partirono, come è mai sempre accaduto, ed accade sempre, laddove le opinioni si mettono in lotta

Digitized by Google

prima, che le forze siano preparate abbastanza, perchè l'una resti superiore all'altra.

Però è manifesto, che a voler trattare la questione intorno a queste due istituzioni con quella ampiezza di osservazioni, atte a portar luce in tanta difficoltà, sarebbe necessario incominciare l'esame delle loro origini parlando dei vizi delle istituzioni antiche, alle quali furono surrogate, delle esagerazioni dei giudizi istituiti su questi vizi, delle esagerazioni dei giudizi sui benefizi, che si vantano portati da queste istituzioni, considerate nella loro parte più splendida e lusinghiera, e delle tradizioni, dalle quali si dedussero; occorrerebbe insomma un lungo, e minuto studio dei fatti, ai quali si rannodano, dei giudizi, delle comparazioni e delle analogie storiche, colle quali si confrontano: e posti bene a nudo cotesti elementi di fatto, noi crediamo, che quelle difficoltà e discordie di opinioni, che possono costituire attualmente questioni larghe e dibattute, o non esisterebbe più, o per lo meno non si avrebbe ragione di dire, che fossero, o potessero essere questioni in senso vero e proprio: la cosa però, guardata così da lontano, sarebbe di gran lunga superiore al còmpito, che ci siamo proposti in questo lavoro; e noi, credendo aver fatto quanto si poteva coll'accennare al modo, col quale la materia dovrebbe essere trattata con tutta la meritata estensione, limiteremo il nostro lavoro a poche osservazioni culminanti sui difetti di tali istituzioni, perchè se ne possa fare quel giudizio, che soddisfa l'umana ragione, e dà speranza di un migliore avvenire.

Incominciando dallo istituto dei giurati.

Quand'anche per avventura i semplici ed indotti cittadini siano capaci di fare un retto giudizio sulla esistenza o no di un fatto criminoso, e sulla colpevolezza o no dell'imputato, è men vero perciò, che i magistrati non sapranno fare altrettanto, non daranno pei loro studi, per la loro esperienza, una più ampia garanzia di giudicare rettamente? Quale ragione adunque di preferire il giudizio degli indotti ed inesperti al giudizio dei dotti ed esperti? Che se voi credete di giustificare la istituzione, argomentando, o dalla maggiore indipendenza dei giudici, dacchè si riscontra perfetta in questi, e dubbia nei magistrati, o dalla necessità di introdurre il sistema probatorio della semplice e nuda convinzione personale, del quale abbiamo parlato, o dalla opportunità di ri-

durre il popolo ad esser l'arbitro di se stesso, il ministro del proprio avvenire, come già si vide praticato dai Romani, fu dai più lontani tempi stabilito in Inghilterra con alto soddisfacimento di quel popolo; è facile rispondere, quanto alla indipendenza dei giudici (lasciata a parte, che la legge, dichiarando la inamovibilità (1) del magistrato, ha fatto quant'era in lei, perchè appunto i magistrati fossero liberi nei loro giudizi, come appunto possono essere i giurati, e che non è abbastanza giustificato il timore, che i magistrati, per servire al potere, siano per negare la giustizia, e sentenziare diversamente dal vero), che non si vuol negare, che deplorevoli e nefande condiscendenze, specialmente nei governi assoluti, non si siano qualche fiata verificati, ma non si può tampoco disconoscere, che splendidi esempi d'indipendenza, infinitamente maggiori di numero, non si siano in tutti i tempi verificati; non si può anche disconoscere, che qualche volta, in così breve tempo, da che sta la istituzione, i giurati non abbiano dato saggio di non essere pienamente inaccessibili al timore, al sospetto, alla seduzione del potere, alla violenza delle passioni popolari, o di qualche profonda malignità umana: e non si può certo, guardando la cosa sotto questo aspetto, dedurre che il giudizio dei giurati dia maggior garanzia, che quello dei magistrati: al di là di ciò è giustificata la supposizione, che governi liberali siano tanto disonesti, tanto poveri di spirito e di cuore da voler indurre i magistrati a condannare come ladro ed omicida, chi non sia tale, a far assolvere chi lo sia! Che se ciò specialmente, anzi unicamente si voglia sospettare nei reati politici (ammesso anche che i magistrati subiscano l'influenza del governo) vogliamo credere noi che i giurati siano per giudicare in modo del tutto indipendente, scevri perfino dei loro sentimenti politici, per lo meno scevri più di quello, che siano i magistrati; che il Governo, volendo, non abbia modo di sedurre quaranta giurati, come può avere modi di imporre la sua volontà a cinque o sei magistrati; è possibile ammettere di fronte alla pubblicità dei giudizi,

(1) Ci si viene obiettando; se il magistrato è inamovibile, non è meno indirettamente soggetto al Potere, che, cacciandolo da luogo a luogo, mostrandogli diffidenza, ed offendendolo, può costringerlo a dimettersi, può d'altra parte sedurlo coi premii e gli onori; l'osservazione è giusta; ma da una parte la inamovibilità del magistrato è il solo rimedio possibile a tanto sconcio. dall'altra la seduzione si può esercitare anche a carico dei giurati — e l'osservazione stessa perde, di fronte a questi fatti, tutta la sua importanza.

Digitized by Google

che i magistrati siano per dare una sentenza diforme dalla risultanza del dibattimento più di quello che possano fare i giurati? Che se al contrario si bada, che la legge, abilitando da una parte i giurati a risolvere la questione con una semplice affermativa o negativa, li mette in isdrucciolo, dà loro facoltà di mentire in quanto sono affrancati dalla necessità di dare ragione dei loro giudicati, mentre dall'altra tiene i magistrati nella necessità di non mentire, negando o guastando i fatti, perchè le risultanze del dibattimento possono, a loro confusione, essere loro gettate pel viso; si vedrà, che perciò solo una più ampia garanzia non si ha in quelli, che in questi giudizi, e l'argomento non giustifica l'opinione. O voi parlate della necessità d'introdurre il nudo sistema della convinzione, e chi vieta che non sia concesso ai magistrati di giudicare colla stessa norma? Chi può negare, che la convinzione del magistrato come quella dell'uomo dotto ed esperto, affrancato da infiniti pregiudizi e prevenzioni, non sia per metterlo in grado di sentenziare più rettamente di quello che i cittadini indotti ed inesperti; chi non sa, che la convinzione negli uomini indotti s'informa dalla loro incapacità ed inettezza, come nei dotti dai loro lumi, e della loro perspicacia; che le scuole, che hanno chiamato ad esame la coscienza umana, l'hanno trovata molte volte erronea, gelosa, sospettosa e tale, che non è sempre atta a ben intendere ed apprezzare il vero; d'onde la conseguenza, che la sola coscienza non può essere la misura della verità delle cose, del vero merito o demerito di una azione, di una colpevolezza od innocenza di una persona; occorre al contrario, che la mente sia avvezza a dimenticare se stessa, e il proprio modo di sentire, per giudicare colle norme vere della ragione e del diritto; è quindi evidente, che qui il sistema dei giurati si addimostra erroneo per quegli stessi motivi, pei quali lo si vorrebbe vantare per buono, o per lo meno per migliore degli altri.

Che se infine si guarda al concetto della opportunità, che il popolo siasi fatto giudice di se stesso: noi cominceremo dal chiedere, se chi giudica degli altri deve dare tutte le garanzie della più alta capacità, o no, e quando si affermi che sì: noi chiediamo: è tale di presente il popolo? (1) e se non è tale, perchè si viene in

(1) Parliamo della incapacità dei giurati, e abbiamo ragione di chiedere l'abolizione del sistema organato, com'è di presente: non disconosciamo però, che il

campo con un concetto che condurrebbe ad effetti in tutto contrarii a quelli che se ne attendono? Evidentemente si sostituiscono i vani fantasmi del bene al bene vero e reale, e si fuorvia la mente umana; e ciascuno può facilmente vedere per se stesso, che i giudizi penali non si possono rimettere nelle mani del popolo, che quando questi sia abbastanza avanti nella conoscenza delle leggi da possederne lo spirito, ed applicarla con giustizia, e noi siamo ben lungi ancora da questa perfezione; si parla di Roma e d'Inghil-

sistema si potrebbe ordinare più largamente di quello, che sia, e potrebbe, così organato, essere il principio e la base dei veri giudizi popolari, da sostituirsi agli attuali ordinamenti giudiziari con la diminuzione del dispendi a carico dell'erario pubblico, e delle incertezze, nelle quali si logorano i cittadini per la poca fede nel senno e nella dottrina di coloro, che, sono chiemati a risolvere le loro questioni. Come pertanto abbiamo proposto, che restituendo in parte le fogge del giudizio romano in materia civile, le cause dovessero essere demandate alla cognizione degli arbitri eletti dalle parti, così, conforme al sistema romano, noi ameremo che sulla lista intera dei giurati d'ogni circolo d'assisie, l'accusatore e la difesa potessero scegliere a loro volontà l'intero numero delle persone, che dovono giudicare, che fatte questa prima scelta, l'uno avesse facoltà di ripudiare la metà di quelli eletti dall'altro, e viceversa, sicchè l'opera di eliminazione fosse uguale, e il collegio dei giurati fosse composto delle due metà dei giudici eletti dall'uno rispettivamente, e non ripudiati dall'altro; in questo modo la elezione sarebbe fatta sopra una vasta serie d'uomini, tra i quali, molti capaci, e ciascuno dei contendenti potrebbe avere migliore geranzia e migliore speranza di riuscire a bene nella definiziono della causa: a tal uopo poi sarebbe opportuno, che il numero dei giudici fosse superiore ai dodici, perchè in sì piccolo numero, non sempre si può avere quel complesso di giudizi, che può servire alla giusta valutazione del fatto. Del resto non facciamo qui, che accennare ad idee che hanno il loro appoggio nel grande riscontro del passato, ma che avrebbero bisogno di essere svolte con larghi argomenti per esser giustamento apprezzate e trovate da tutti attuabili, come paiono e noi attuabilissime. Crediamo che si possa opporre, che a questo modo infiniti uomini non sarebbero mal scelti a giurati, alcuni sarebbero scelti sempre, e ciò con grave loro danno; osserviamo avanti tutto, che quando ciò fosse, il fatto darebbe la più ampia ragione agli avversari del sistema; ma lasciato a parte cotesta osservazione, chi non vede, che ai giurati si potrebbe dare conveniente mercede; chi non vede, che è meglio fare giustizia con qualche dispendio, cho aver qualche guadagno per non aver fatto appieno giustizia! Se il lavoro lo permettesse con large analisi potremo mostrare la insufficienza delle eliminazioni, che si fanno di presente dai Municipii, e dalle Prefetture, e di quelle che sono permesse alle parti in causa: se non che l'esperienza del fatto, che indotti uomini spesso formano il collegio dei giurati vale piu delle nostre parole a giustificare la nostra sentenza.

Digitized by Google

terra, ma si prova forse la bontà della istituzione, solo perchè fu addottata da questi popoli? In verità si dice troppo poco: non si prova nulla: non si dimostra, che non si possa far meglio: se così non fosse i costumi di questi popoli si dovrebbero avere per i migliori possibili nei rapporti con qualunque civiltà, con qualunque costume, e chi vuol andare a codesti estremi di falsità e di errori? Certamente che quella istituzione poteva essere abbastanza buona a Roma, perchè quel popolo aveva conoscenza delle leggi, come dell'arte della guerra e del governo più che non abbiano i popoli attuali d'Europa; anzi si può dire, che dal più al meno tutti erano atti a quelle parti, che ora appena si rinvengono in qualche rara persona. Chi a tempi nostri sarebbe e militare, e diplomatico, e amministratore, e legista a un tempo, e allora lo si era. È da questo fenomeno indispensabile, perchè Roma potesse essere quello che fu, che noi traggiamo la conseguenza, che col ricorrere, per noi all'esempio di Roma, si dimentica di osservare, che noi non possiamo in nessun modo essere equiparati a quei popoli, e non si può trarre la conseguenza che si possa da noi far quello, che in altre condizioni si poteva per esso; così diremo delle istituzioni inglesi; presso quel popolo l'assisia risale a tempi più oscuri e favolosi; era a que' tempi un errore, per lo meno una necessità; non si giudicava del fatto nel modo, che si fa di presente; si testimoniava del costume, e si giudicava poscia in base alle notizie avute sul costume, e sulla possibilità che la persona fosse o no colpevole e ciascun vede che razza di giudizi si dovevano fare; in seguito la istituzione si mutò, migliorò, ma chi può dire, che perciò sia perfetta? Chi può dire, che se anche sia buona per un popolo, che, non avendo mai da antichissimi tempi dato mano a rimpasto di leggi, e molto meno a compiute codicifazioni, ha le leggi immedesimate nei costumi, ha la legge viva, intelligibile a tutti nei costumi, e nelle tradizioni, sicchè ciascuno può farne sufficiente apprezzamento, debba essere egualmente perfetta per gli altri popoli d'Europa, che, imitatori sbiaditi di Francia, imitatrice violenta d'Inghilterra, hanno proceduto nell'adottare cotesta istituzione, piuttosto per amore di novità, piuttosto per avversione al passato, per indebiti sospetti verso la magistratura, che per buona e giusta valutazione della giustizia e bontà del sistema, e delle migliori garanzie,

Digitized by Google

che essa presenti a favore della società e degli individui? (1).

Se però, al di là di questo, si voglia ragionare colla mente scevra di passione, la legge stessa dà tutti gli elementi, nelle cautele adottate in questa istituzione, perchè si possa fare giudizio, che ella è per eccellenza diffettosa e manchevole; e crediamo, che questo fatto sia suggello alla giustezza della nostra opinione. Il sistema di elezione dei giurati è la prima dimostrazione dello sua imperfezione, sia nelle disposizioni della legge, sia nei concetti degli uomini. Nelle disposizioni della legge, poichè, sebbene essa ammetta tuttiindistintamente i cittadini non indegni, che sappiano leggere e scrivere, ed abbiano compiti i 30 anni all'ufficio di giurati, pure vuole, che siano fatte due operazioni da due distinte autorità amministrative, all'intento per certo, che, argomentando in base alla conoscenza della capacità od incapacità, della moralità od immoralità delle persone, si possono escludere i meno capaci, e meno onesti. Nei concetti degli uomini; poichè tutti gli scrittori anche per eccellenza favorevoli a codesta istituzione, si raccomandano che si facciano buone scelte, che si badi, che si pone nelle mani dei giurati la vita, l'onore, la libertà, la fortuna dei cittadini; è segno dunque, che non tutti i cittadini si credono egualmente capaci di giudicare dei fatti altrui, che si teme della capacità di molti, che la dottrina è una garanzia solenne di un buon giudicato; ed è sotto questo alto e solenne concetto, che si sale fino alla nostra opinione, cioè, che i magistrati daranno sempre maggiore garanzia dei giurati, e devono quindi essere anteposti ad essi nel difficile ministero di giudicare altrui.

La legge non si limita a dare ad essi il giuramento di procedere con verità e giustizia, ma dà ad essi un lungo e solenne avvertimento sui loro doveri, e mostra di non aver molta confidenza in essi, se crede di dovere, pendente tutto il corso del dibattimento, sorreggerne lo spirito; le formole relative al giuramento, l'altra re-

(1) Fu in una delle più tumultuose e calde sedute dell'anno 1791 che ta costituente francese adottò il aistema del giudizio per giurati: la razionale, esposta con quelle calde ed inebrianti parole, che allora ai usavano fu questa: che si doveva togliere ai magiatrati la facoltà di giudicare, perchè i giudici fossero immuni dalle ingiunzioni secrete e dalle suggestioni del potere esecutivo. Chi di presente potrebbe accogliere per buonl questi motivi di una tegge così difforme dai nostri costumi, mentre poi ai lasciano alla giurisdizione de' magistrati tutti i giudizi correzionali, nelle apire dei quali talvolta si possono avvolgere anche uominl posti in elevata condizione sociale, e temibili at governo, e tutti i giudizi civili t

lativa al modo col quale devono giudicare dopo chiuso il dibattimento, sono la dimostrazione solenne della diffidenza della legge; nella prima si richiamano ai doveri dell'uomo probo e libero: chi oserebbe così parlare al Magistrato? Chi non sa, che tali parole sarebbero per lui una enormità intollerabile? Nella seconda si affretta a liberare la loro mente da qualunque dubbio loro si presenti, dicendo, che essi non debbono tampoco render conto a se stessi dei loro giudizi, e che sono liberi di seguire le più vaghe e strane supposizioni: mentre si scioglie in questo modo la mente del giurato da ogni freno, dall'obbligo, diremo così, di qualsiasi ragionamento, lo si abilita a condannare non per ragionamento, ma per sentimento; mentre poi gli si dichiara, che può giudicare per sentimento, si teme anche, che il sentimento lo possa far inclinare a indebita severità o mitezza irragionevole e dannosa, e sotto l'impulso di questo timore, che rivela la stessa diffidenza verso i giurati, si dichiara ai giurati, che essi non debbono pensare alle conseguenze del loro giudicato, e che mancano ai loro doveri, pensandovi; e si mostra di nuovo di non credere, che essi posseggano tutti i requisiti proprii dell'alto ministero ad essi affidato; e Dio vede che giudizio si debba fare della elezione a giudici di uomini, che si credono inetti a guardare di fronte tutta la profondità delle misure legislative, a conoscerne la ragione, ad applicarla con degna e nobile severità; e che opinione si può avere di una istituzione, che queste precauzioni della legge stessa dimostrano tanto incerta, tanto temibile.

Largo campo di profonde osservazioni per certo si apre ai dotti nell'esame dei dubbi, che noi qui in breve abbiamo elevati, e che certamente, risoluti alla stregua dei principii cardinali del giure, e della suprema ragione delle esperienze umane, sono la più manifesta, e chiara dimostrazione della falsità della istituzione.

Ma al di là di questo vi sono ben altre ragioni in ordine ai modi, coi quali la istituzione si svolge, e che servono per eccellenza a corroborare i dubbi, a dimostrare, diremo così, la giustizia della nostra opinione.

La vera entità del giudizio penale sta nella proporzione della pena col reato; i giurati non possono mai occuparsi della pena, e perciò solo la istituzione è monca e difettosa; se ne occupano bensì i Magistrati, ma essi non possono valutare le circostanze, il valore,

il carattere speciale d'ogni fatto, e perciò la istituzione, che divide il giudizio del fatto dal giusto apprezzamento della pena dovuta, è una negazione del vero diritto umano, è la disconoscenza dei principii, sui quali riposa la natura dei giudizi umani; la vera civiltà dei giudizi umani, sta nella loro motivazione, in quanto si escludono colla medesima i sospetti delle loro ingiustizie, si allontanano i dubbi, che sono il risultato di qualche grave errore; la motivazione dei giudicati fu una delle conquiste del secolo scorso; chi fa le ingiustizie ama starsi nelle tenebre: non si possono commettere fragranti ingiustizie senza, o falsare il fatto, o negare i principii di ragione: nessun giudice ama, o crede utile lasciare tali monumenti della sua ingiustizia, ed è perciò, che nella motivazione dei giudicati sta un'alta garanzia sociale; il giudizio col sistema dei giurati non offre questa sacra ed indispensabile garanzia, non la offre, e non la può offrire, e perchè i giurati non posseggono la capacità a redigere una sentenza motivata in fatto, e perchè una sentenza non può essere motivata in senso vero e proprio, se la discussione sul fatto non proceda di pari passo colla motivazione sul diritto; il solo fatto quindi, che il sistema dei giurati esclude la possibilità della motivazione e in diritto e in fatto, è la prova indubbia della imperfezione di tale istituto.

Il giudizio sul fatto deve essere il risultato della valutazione individuale, propria indeclinabilmente, ed unicamente di chi deve proferirlo. Egli solo ne può fare la sintesi, egli solo, fattane la sintesi, può valutare la imputabilità dell'autore ed applicarvi la pena: anche in materia penale sta l'assioma che dal fatto nasce il diritto; il sistema dei giurati esclude la possibilità, che quest'alto concetto sia colorito ed attuato, perchè i giurati sono forse incapaci di plasmare da sè il fatto, e circoscriverlo, e determinarlo in modo che corrisponda al concetto legislativo, e possa essere la base di una sentenza in diritto, ed importa quindi, come necessità indeclinabile che la presidenza formoli in via di quesiti tutta la tessera dei fatti, che danno luogo al giudizio, e, ponendo così i giurati in grado di rispondervi, sia messa poscia la Corte in grado di applicare con sicurezza la legge; ma, se a fronte di uomini incapaci, vi sono uomini atti a costituire quest'alta sintesi del fatto, e ad applicarvi con sicurezza la legge, perchè si deve ricorrere all'opera d'uomini, che sono inetti ed incapaci ad istituirla? Qual ragione di valersi, non

ostante tante imperfezioni, dell'opera di costoro? Oltre a ciò questo sistema (lasciata a parte per un istante codesta incapacità dei giurati) è per sua natura atto a garantire la società, che i giurati, rispondendo ai quesiti, esprimano a capello la loro opinione; che comprendano tutta la estensione, ed il significato delle parole usate dal Presidente, sicchè la loro risposta sia la espressione certa ed esatta della esatta loro valutazione del fatto secondo l'importanza del quesito proposto; che mai il loro giudizio non diverga dal concetto cardinale, contenuto nel quesito stesso, e per una più o meno difettosa interpretazione delle parole usate dal presidente, non li esca un giudizio diverso dal vero, diverso dal loro stesso intendimento, solo perchè il quesito non paia corrispondere con tutta esattezza al medesimo? Chiunque ha pratica dei giudizi sa, che pur troppo non rare fiate così è avvenuto, ora per difetto del presidente, ora per difetto dei giurati, che non hanno ben inteso le parole ed il concetto di questi; egli non si vuol negare, che molto in proposito non sia da condonare alle imperfezioni dello spirito umano, e che non si debba totalmente attribuire a difetto di sistema ciò, che in fatto è conseguenza diretta dell'opera dell'uomo; ma, se bene si guarda, questa imperfezione dell'uomo è la dimostrazione esatta della imperfezione del sistema, poichè, invece di scegliere ed adoperare le forze della intelligenza umana con quei metodi, che servono meglio ad indirizzarla, ed a conservarla nella via del retto e del giusto, si adoperano metodi, che danno più largo campo allo sviluppo dei difetti e degli errori, nei quali esso naturalmente incorre (1); invece di chiamare all'alto ufficio di giudici gli uomini più competenti, atti a ben determinare il fatto ed applicare il diritto, si chiamano uomini incompetenti ed incapaci; si adotta un sistema tutto geometrico per porli in grado di giudicare, e la formola che loro si propone, parendo ad essi troppo più lata, o troppo più ristretta di quel che occorra, li trae a sentenziare diversamente dal vero, talvolta diversamente dal genuino e puro loro concetto.

(1) Col sistema del giudizio per magistratura il presidente non ha bisogno di proporre quesiti; i magistrati formolano da loro stessi la questione; se l'uno erra l'altro corregge, la mente procede per sintesi sulla base dei fatti: al contrario, essendo nei quesiti la sintesi plasmata secondo gli intendimenti del presidente, il giurato è posto nella necessità di farne l'analisi, e non può sempre riescire in quest'opera faticosa, e che richiede il soccorso di tanto lume e di tanta dottrina.

Il buon ordinamento dei giudizi richiede, che si adottino uguali provvedimenti, che tutti offrano la stessa garanzia, e non possano essere declinati che cogli stessi rimedi: diversamente da ciò il sistema dei giurati importa, che se vi abbia la sola maggioranza di sette voti, il giudizio possa essere tolto di mezzo dalla Corte, e la causa debba nuovamente essere discussa dinanzi ai giurati diversi: a questo modo per il voto di un solo giurato di più non può essere declinato un giudizio, che pure lo meriti, per un solo voto di meno può esser declinato un giudizio, che si può, comparativamente ad altri almeno, giudicare buono; e se non si può da una parte disconoscere, che la legge in dati casi e responsi non ha tutta la confidenza nel voto dei giurati, non si può dall'altra ammettere, che il rimedio, pur buono in sè, non accenni ad ingiustizia riguardo agli altri casi, nei quali si può certo avere il voto di otto o dieci giurati, e il giudizio può non pertanto apparire difettoso ed erroneo per eccellenza, senza che vi abbia rimedio di sorta.

Noi potremmo accennare in breve alla ragione di questo sistema, e ai modi di rimediare agli errori, che si possono in esso verificare nel supposto, che il medesimo non si voglia abrogare, ma intanto diciamo: o avete piena confidenza nel voto dei giurati, e attenetevi al voto della maggioranza, nudamente e puramente come per tutti gli altri giudizi; o non l'avete, e perchè vi affaticate ad attuare una istituzione che a voi stessi si mostra irta di tante difficoltà e pericoli? (1).

Però ad ogni modo, volendo adottare il sistema dei giurati, a noi parrebbe giusto consentire facoltà alle Corti di declinarne i giudizi, anche quando vi fosse la maggioranza di otto e più voti, perchè da una parte si rimedierebbe all'errore incorso, dall'altra si avezzerebbero i giurati ad essere più savi e ponderati nei loro giudizi, e così almeno la giustizia sarebbe intera. Si potrebbe anche adottare il sistema inglese della unanimità del voto dei giurati, che, in difetto d'altro, è certamente sistema migliore del nostro, perchè dà

(1) Credereste saggio addottare codesto metodo anche pei giudizi profferiti dai magistrati? Per questi però avete dato l'appello, avete dato contro il giudizio dei magistrati per titoli di minor conto un rimedio generale più efficace e solenne, che non abbiate fatto pei crimini, e siete per certo inconseguenti ed ingiusti.

Digitized by Google

luogo a discussioni (1), e i più savi ed intelligenti devono trionfare delle opinioni altrui: ma anche questo non è sufficiente a garantire, quando non garantisca razionalmente per sè la capacità e la dottrina dei giudicanti (2).

Noi del resto, non ci sappiamo fare buona ragione del sistema adottato dalla nostra legge; la Corte, non declinando il giudizio, mostra di assentirvi, costituisce colla propria addizione una maggioranza di dieci; ma la Corte ha ben tenuto occhio al giudizio? la Corte, se l'errore non è tale, che superi ogni credibilità umana, può credersi in diritto di annullare un giudizio, che spesso può essere il risultato dei fatti, a cui non abbia posta tutta quella attenzione, che doveva? la Corte senza la certezza d'un errore madornale può ritenere utile o conveniente, annullare un giudizio già condotto a fine? i giudici componenti la Corte, se fossero stati tra i giurati, avrebbero giudicato nella conformità, che questi, in base alle osservazioni ora fatte? Nessuno per certo vorrebbe o potrebbe asserirlo: nessuno egualmente vorrebbe o potrebbe disconoscere, come difficilmente la Corte sia posta in grado di potere, o dovere declinare un giudizio dei giurati, e da ciò si deduce una ulteriore prova della imperfezione della istituzione.

(1) Secondo il nostro sistema la discussione tra i giurati non dovrebbe aver luogo; ma pur troppo si verifica sempre, e ne avviene sempre, che i giurati non solo in genere dipendono dalla autorità del presidente e del Pubblico Ministero, ma una parte o la totalità dei medesimi dipende molte volte o da altri e da uno solo, in modo che la opinione che si manifesta nel verdetto, non è il risultato della vera opinione individuale di tutti, ma della opinione di alcuni, che si riflette nello spirito e nella mente degli altri; ad evitare siffatto sconcio sarebbe necessario, che i giurati, senza parlare tra loro, dessero il loro voto nella sala delle udienze alla presenza del pubblico: a questo modo da una parte si eviterebbe, che uno influisse sugli altri con offesa e contrariamente alla volontà del legislatore: dall'altra si darebbe garanzia al paese e all'imputato, che nessuna prevalenza, nessuno artifizio, nessuna manifestazione di parole od altro fosse mai adoperato da uno per trascinare un altro ad adottare una opinione, che non avrebbe altrimenti adottata; sono riforme, alle quali indubbiamente col tempo si deve andare, se il sistema di questi giudizi abbia a perdurare.

(2) Giunti poi a questo estremo della discussione, chiediamo ai fautori del sistema, a quelli, che veggono nei giurati rappresentata la coscienza pubblica, se si abbia molta ragione per venire in siffatto concetto; se il giudizio di sette giurati contro cinque possa diventar l'emblema della coscienza di un paese.

Digitized by Google

Oltre a ciò un più manifesto indizio della diffidenza, che si deve avere nel sistema, sta nella diffidenza, che la legge mostra avere della capacità dei giurati: anche proposti loro i quesiti, essa permette, che i giurati possano chiedere schiarimenti, e che il Presidente debba darli; se i giurati chieggono schiarimenti al Presidente dimostrano di non avere ben compreso il significato delle parole, la estensione del concetto contenuto nel quesito; di non aver compreso ciò, che qualunqne magistrato di qualunque ordine avrebbe per sè facile, e patente; e che fede si può avere nel senno di giudici, i quali trovano oscuro ciò, che è chiaro e manifesto per gli altri; che fiducia nel sistema, che antepone questi a quelli; d'altra parte si potrà egli evitare, che il Presidente rispondendo alle domande, dando gli schiarimenti, non influisca sul loro spirito, che essi, o indovinando rettamente, o credendo indovinare il di lui pensiero, non possano essere tratti a giudicare secondo il loro presupposto, diversamente dal loro naturale intendimento? Però queste diffidenze della legge, questi pericoli evidenti della prevalenza, dell'altrui opinione nel giudizio dei giurati sono un ulteriore commento alla giustezza delle nostre osservazioni.

Infine non faremmo, che una breve osservazione; al di là ancora di ciò, che si riferisca alla scienza o professione di qualsiasi individuo, ammettereste voi, che il giudizio di un uomo indotto possa valere quella del dotto? Non lo ammettereste; poichè adunque nei giudizi penali credete utile elevare a giudice l'indotto in luogo del dotto? Ammettereste voi, che chi non è medico, dovesse sedere a scranna in cose mediche? Non lo ammettereste; perchè l'ammetterete adunque nelle materie giuridiche? Forse le scienze morali, e la giurisprudenza, sono più facili delle scienze fisiche, e matematiche? Nessuno oserebbe dirlo, sebbene in fatto sia più facile pel volgo degli indotti il parlare di cose appartenenti a queste, che a quelle; ma il parlare non vuol dire saper parlare, e la facilità apparente di una questione legale molte volte non cela, che profonde difficoltà; non v'ha ragione di distinguere, e coll'esempio alla mano noi mostriamo la verità del nostro assunto. Però ammesso anche in fatto il sistema della convinzione, non ammettereste differenza da persona a persona, da giudizio a giudizio? Basterà, che si dica, *sono convinto*, perchè si venga nel concetto, che chi parla a questo modo comprenda ed annunzi il vero! basta che si sia

uomo, e cittadino, perchè si assuma con sicurezza il terribile incarico di giudicare altrui? Il facchino convinto dà le garanzie, che darebbero il Romagnosi, il Rossi, convinti anch'essi della bontà di una opinione? Non create pertanto una troppa strana, ed avventata democrazia nel regno delle intelligenze, altrimenti corrompete le scienze, e la civiltà, imbarbarite i popoli. I tempi dei giurati, a nostro avviso, non sono ancora venuti; noi ne facciamo questione di opportunità, riconduceteci ai tempi in cui tutti abbiano il senso intimo della legge, e dei limiti assegnati alla di lei interpretazione, e noi, modificato a dovere lo istituto, saremmo i primi a dire, che è opportuno, e giusto adottarlo.

Ed ora ci faremo a parlare in breve dell'istituto di cassazione.

Codesta istituzione di origine francese, creata da un concetto politico, anzichè da un forte, e meditato intendimento legislativo, dedotto dalle tradizioni francesi, e plasmato secondo le forme di vecchi istituti francesi, ai quali si volle sostituire, come si può facilmente argomentare dalla storia delle sue origini, del suo sviluppo, del suo compiuto organamento (1), fu colla diffusione delle armi, e delle dottrine francesi estesa a pressochè tutta Europa; meno poche eccezioni, e salve poche modificazioni, fu accolto da tutte le nazioni, e governi, che sancivano un nuovo corpo di leggi a foggia della legislazione francese: fu accolta come un benefizio della nuova civiltà colla venerazione, colla quale furono accolti i nuovi principi della rivoluzione francese; e tra per l'amore, col quale si corre naturalmente verso le novità, che paiono beneficii di nuovi tempi, tra pel disprezzo, nel quale, in parte a torto, considerata la cosa in sè, in parte a ragione, considerata nei rapporti cogli uomini, che ne erano ministri, erano incorsi i vecchi e nazionali istituti, fu accolto, senza essere meditato, senza che si pensasse tampoco a fare un riscontro coi vecchi sistemi della terza istanza, e della revisione, ai quali si voleva sostituire; e per lungo tempo si sarebbe reputato, non diremo stoltezza, ma temerità promuovere censura contro

(1) In un mio lavoro stampato nel *Monitore de' Tribunali*, in Milano, nell'anno 1861, io ho parlato delle origini e della natura di questo istituto assai più a lungo di quello, che possa fare in questo lavoro, e perciò rimetto i miei lettori, se pure amassero di prendere più esatta cognizione della cosa, a quel piccolo, ma a mio avviso, sufficiente lavoro.

Digitized by Google

questo istituto; non si sarebbe tampoco creduto possibile, che alcuno avesse osato farlo. Il tempo però, e la esperienza, giudici imparziali e severi delle cose tutte, dovevano sorgere a mettere in problema la bontà di questo istituto, allora appunto, che meno si sarebbe pensato possibile; e le prime voci contro il medesimo si dovevano elevare in Italia: o si voglia, che ciò avvenisse, perchè, non essendo questo istituto ancora per lo passato accolto in alcune sue province rette a signorie speciali, gli uomini troppo ligi alle loro istituzioni, piuttosto per sentimento, che per ragioni, piuttosto per difetto, che per effetto di un giusto ed esatto paragone, avversassero ciò, che bene non intendevano: o si voglia, che ciò sia avvenuto, perchè la troppa effervescenza delle passioni eccitate all'annunzio della nuova legislazione, che si voleva dare a tutta Italia, traesse a parlare troppo di leggi, e di istituti, conducesse gli animi alle sottigliezze, ed alle enormità, e li inducesse a dubitare di tutto, come accade della effimera esistenza dei fantasmi umani, e i dubbi infine dovessero cedere del campo, senza essere tampoco discussi; o lo si voglia, come si deve a parer nostro, attribuire alla felicità dell'ingegno italiano, sempre in materia di legge inspirato alla grandezza della giurisprudenza romana, sempre in materia di instituti giuridici governato da un alto senno pratico, da una viva, e costante tendenza alla perfezione, da una potente, e tranquilla dialettica, la quale ha quasi sempre impedito, che profondi errori, prevalenti presso altri popoli, qui abbiano potuto diffondersi, ed acquistare influenza; certo è, che ormai l'istituto della cassazione è posto in problema nella stessa camera legislativa; gli stessi uomini chiamati ai ministeri, ed alle più alte magistrature dello Stato dubitano della sua bontà, se non vi sono già avversi; e noi crediamo, che a breve andare cotesto istituto, figlio di idee monche, ed imperfette, incapace di essere perfezionato, e di soddisfare ai veri bisogni, ai naturali sentimenti dei popoli, dovrà tra breve cedere il campo allo Istituto della Revisione o della Terza Istanza, come piaccia meglio denominarlo, o plasmarlo.

Due sono le questioni, che si devono proporre per farsi una chiara ragione di cotesto istituto.

Esso istituto è buono ed utile, considerato in se stesso, senza porlo a confronto col sistema della revisione della o terza istanza?

Se anche è buono, ed utile in se stesso, è non pertanto infe-

riore al sistema della terza istanza, o si è ad esso preferibile?

Quanto alla prima, noi non possiamo negare, che abolita in Francia l'Autorità regia, e con essa il sistema delle Patenti per la revisione dei Decreti dei Parlamenti, non dovesse e parere, ed essere realmente un beneficio supremo la istituzione di un Tribunale, che per legge, e non per grazia, per facoltà libera dei cittadini, e non per arbitrio del capo dello Stato, desse modo alla revisione dei giudizi assolutamente contrari alle disposizioni delle leggi, e tanto più, dovesse invogliare di sè, poichè, non avendosi in Francia, come presso di noi, eretto la Revisione ad istituto efficace a provvedere nel suo organismo, a tutti gli errori dei tribunali inferiori, non poteva non essere appunto un supremo beneficio, che un tribunale, grande come la legge, sopperisse al vuoto creato dalla cessazione della Autorità regia: non possiamo anche negare, che posto, che non si abbia, e non si voglia avere un tribunale di revisione, o di terza istanza, non sia utile, e benefica sopra tutto la creazione di un istituto, il quale, se non in tutto, almeno in molti casi provvegga alla integrità della legge, ed all'interesse dei cittadini: ma considerato l'istituto in se stesso, e' ci pare manifestamente imperfetto.

In primo luogo, perchè negandosi al medesimo la cognizione del fatto, non si tutela abbastanza l'interesse dei privati: chi non sa quanto grandi, e difficili siano le questioni relative ai fatti? Chi non sa, che le difficoltà supreme, in ogni questione, stanno meglio nella esatta determinazione del fatto, che nella retta applicazione del diritto? Non si può quindi trovar giusto, e ragionevole, che siano private del beneficio d'una terza cognizione le questioni più gravi, e complicate; che quello, che è permesso per una causa di una data importanza, non sia anche per l'altra. Per togliere efficacia a cotesta osservazione, si può dire, che non si deve ripetere dall'istituto di Cassazione ciò, che per molte ragioni non gli può appartenere; che il medesimo fu creato nell'interesse della legge, e non dei privati, e niuno può lagnarsi di negata giustizia, perchè la causa, nella quale è involto, non importando violazione di legge, non importi la facoltà di ricorrere alla Cassazione; a questo modo si scambiano i termini della questione: noi non parliamo di quello, che si possa, o non si possa fare, posto l'istituto della Cassazione qual è. Dimandiamo invece, se egli sia stato eretto con tutta quella estensione e larghezza, che si poteva al me-

desimo attribuire: se creando un istituto atto a conservare nella sua integrità il vero significato della legge con utilità delle persone, che si trovano involte in questione di diritto: se, chiamando a sedére in tale istituto gli uomini più eminenti di una nazione, non sia necessario, che le più gravi questioni, quali sono quelle di fatto, non siano portate alle loro cognizioni, sicchè l'errore predomini il meno possibile, e le Nazioni riposino tranquille all'ombra di ottime istituzioni; e crediamo che ciascuno, per quanto sia favorevole alla Cassazione, troverà che i desideri umani non sono con essa soddisfatti, che gli interessi non sono appieno tutelati, che il sistema può essere buono, circoscritto entro la sua sfera, guardato secondo la sua architettura; non può essere buono considerato alla stregua dei dettati della giustizia, alle regole della buona amministrazione dei popoli.

In secondo luogo, perchè anche sulle questioni di diritto, la facoltà di ricorrere in Cassazione si vuole riservata ai soli casi, nei quali vi abbia violazione di legge; è negata, come nelle questioni di fatto, in tutti gli altri casi, nei quali non si verifichi, che un falso giudizio, o l'accettazione di erronee ed inesatte dottrine di giurisprudenza: ora in che sta la differenza di ingiustizia, e violazione di legge? Chi ne ha ancora bene determinati caratteri ed i confini? Chi potrà mai determinarli? Chi potrà così bene ed esattamente dimostrarli altrui da assicurare, che in fatto l'ammissione, o non ammissione di un ricorso siano conseguenza di dettati indeclinabili di ragione, anzichè di arbitrii e di erronee valutazioni? E se ciò non si potrà mai ottenere, se la oscillazione, ed incertezza sarà continua, chi potrà dire, che sia ottimo un sistema, nel quale, non il fatto, non la legge, ma il Tribunale per lo sconfinato arbitrio a lui consentito, deve determinare se gli competa, o no, il diritto di far rivedere un giudicato denunziato erroneo, e fallace? d'altra parte la ingiustizia non è violazione di legge, la violazione di legge non si risolve nella ingiustizia! Che giudizio adunque si può fare di un Istituto, la cui autorità è dedotta caso per caso dalla diversa apprezziazione sulla importanza e giustizia dei giudicati dei Tribunali inferiori! Si vuol dire, che questo elemento dell'arbitrio intorno a tale apprezziazione viene tolto col metodo già stabilito, che il ricorso in Cassazione, lungi dal basarsi sulla violazione di generali dottrine di giurisprudenza, si deve riportare a qualche articolo speciale di legge, del quale

si creda disconosciuto lo spirito e la estensione; ma è vero da una parte, che la legge stessa tacitamente può rimettersi alcuna fiata alle dottrine più chiare della giurisprudenza, e che il ripudio delle medesime può molte volte importare il concetto di violazione della legge stessa; è vero dall'altra, che si può commettere la più patente ingiustizia, una di quelle ingiustizie, che si possono rettamente chiamare violazione di legge, senza che si possa rinvenire uno o più articoli di legge così manifestamente disconosciuto da potere per le stesse sue parole dedurne la violazione; ed è perciò manifesto che codesto metodo, che si vuol portare in campo, come una cautela, un rimedio alle elastiche e sconfinate disposizioni delle leggi in soggetta materia, si risolve in un ulteriore difetto del sistema basato sopra una distinzione di parole, che accennano ad una stessa cosa, e non si distinguono, se non per un'erronea, e fittizia limitazione nella loro applicazione.

Al di là di questo una prova manifesta della imperfezione del sistema, non nel suo concetto generatore, ma nel suo organamento, è, che il Tribunale di Cassazione, non debba, annullando una sentenza, risolvere la questione sottoposta, ma invece rimetterla ad altro Tribunale, o Corte d'Appello per la nuova risoluzione: così nel caso, che il Tribunale o la Corte, a cui è rimessa la causa, decida la questione in senso contrario all'opinione della Corte di cassazione, si decida di nuovo a sezioni riunite, e l'ultimo Tribunale o Corte, a cui si rimette la causa, sia costretta a sentenziare in conformità agli intendimenti della Corte di Cassazione; appena è credibile, che per seguire troppo strettamente il principio, che la Corte non sentenzia a definizione di una causa nell'interesse delle parti, si rivela solo il concetto legislativo, contenuto in una determinata disposizione di legge, si sia immaginato un sistema, così complicato, e dispendioso: appena è credibile, che, per essere conseguenti, si sia immaginato, e trovato opportuno di imporre l'obbligo alla seconda delle Corti delegate di sentenziare in conformità all'opinione della suprema Corte di cassazione, quand'anche essa portasse opinione o sentenza diversa. Si può ben dire, che a compenso di questa strana e dispendiosa complicazione sta il benefizio, che la Corte, dopo la sentenza, contraria alla sua opinione, resa dalla seconda Corte d'Appello, alla quale fu rimessa la causa, per ultimo giudica a sezioni riunite: ma qual

Digitized by Google

ragione di utilità inescogitata, impossibile altronde, in ciò? Chi vieta, che 18, invec e di 9 consiglieri, giudichino per intero, appena la causa è portata in Cassazione? Chi può negare, che dovendo alla fine delle fini prevalere la opinione della Corte di Cassazione, non sia per eccellenza ragionevole in sè, conforme al concetto della brevità, e del minore dispendio, che l'intera Corte giudichi definitivamente senza i ridicoli rimandi ad altre Corti, e la ridicola necessità, fatta all'ultima delle medesime, di sentenziare conforme il sentimento altrui, anzichè secondo la convinzione propria?

A nostro avviso quindi, non si può restare dubbi a lungo, che codesto Istituto, considerato in se stesso, non sia nè buono nè utile.

Che se, ciò posto, noi passiamo alla seconda questione, quand'anche per avventura alcuna utilità in esso rifulga, in quanto ci pare opportuno per eccellenza, che per qualche causa vi abbia pure una suprema Corte, che giudichi, e regoli la interpretazione della legge, al di là di quello, che possono fare le semplici Corte d'Appello, chi può dubitare, che il sistema della terza Istanza, non sia infinitamente superiore a quello della Cassazione? Secondo il medesimo tutte le cause indistintamente sono poste in condizione di poter essere discusse per la terza volta; viene meno con essa la difficile distinzione teorica, e pratica tra ingiustizia, e violazione di legge; si giudica dalla stessa Corte suprema in ultima istanza, senza il vizioso ritornello dei rimandi, che invece d'uno, importano in alcuni casi quattro giudizi con infinito dispendio di tempo, e danaro; si risponde per eccellenza a quell'altro concettto della dinamica dei giudizi, che cioè la sentenza, che ultima viene proferita, e determina la condizione delle parti contendenti, sia il risultato di una maggioranza di voti, per lo meno duplice di quelli, che vi stanno contro, dacchè la sentenza della suprema Corte, confermando una delle sentenze primarie, dà non solo dal lato della autorità, ma dal lato del numero, tale importanza alla sentenza confermata, che costituisce a suo favore una mirabile presunzione (1).

(1) Nel sistema della semplice appellazione, congiungendo i voti dei giudici di prima istanza con quelli della istanza seconda, per conoscere dove stia la maggioranza numerica dei voti, si va a questo sconcio, che il voto di tre giudici di appello, importando la maggioranza contro la opinione degli altri due, conforme a quella dei primi giudici, importi un giudizio di tre giudici prevalente su quello di cinque, e si può dubitar molto della bontà di questo sistema: si suol osservare in proposito, che la maggior capacità dei giudici d'appello può essere una garan-

I sostenitori del sistema della Cassazione (giacchè avversatori in senso vero, e proprio del sistema della terza istanza non si trovano), ci oppongono: che il fatto può esser valutato dai Tribunali di 2ª istanza così saggiamente, come da una Corte suprema, e torni inutile instituire una terza istanza per risolvere in terzo grado un dubbio, che non può essere più tale, da che intervenne il giudicato del Tribunale di 2ª istanza: chè codesto sistema avrebbe la fatal conseguenza di tradurre troppo in lungo la trattazione delle cause; riuscirebbe in fatto contrario alla unicità della giurisprudenza, che è pure una delle supreme necessità sociali; dacchè, essendo il numero delle cause, che sarebbero portate alla cognizione del Tribunale di terza istanza, infinitamente maggiore di quello, che si portano alla cognizione del Tribunale di Cassazione, sarebbe necessario per provvedere alla bisognai la istituzione di diversi Tribunali di terza istanza, anzichè di un solo, e la moltiplicità di questi Tribunali importerebbe a lungo diversità nella interpretazione della legge, e con essa una giurisprudenza varia ed incerta da paese a paese, che renderebbe varie ed incerte le sorti dei cittadini; e di qui, vorrebbero trarre la di-

zia sufficiente, che la ragione stia pel secondo, anzichè pel primo giudicato, ed io stesso ebbi già a sostenere cotesta opinione; ma tutto ben considerato, a voler avere una giusta e sicura prevalenza per una data opinione, occorre almeno un numero doppio di votanti per costituire la vera maggioranza, e di consegnenza occorre, come unico mozzo all'uopo, il terzo stadio di giudizio; il ragionamento è troppo chiaro per aver bisogno di ulteriori commenti: del resto non si vuol negare, che questo concetto, posto in campo al sostegno della terza istanza, è piuttosto un utile trovato dei fautori moderni di questo istituto, che un'antica dottrina: l'appello è il solo istituto antico; i Tribunali di revisione si introdussero per un intendimento presso a poco uguale, o per lo meno analogo a quello, pel quale si attivò di presente lo istituto della Cassazione; il concetto della revisione, ristretto da principio, e considerato quasi come effetto di grazia sovrana, in seguito si allargò di continuo, prese nome e carattere di terza istanza, piuttosto per consuetudine, per tacito consenso dei governi, che per vero intendimento legislativo; e si deve pur convenire, che i governi, facendo e lasciando fare ciò, che non vollero in origine, obbedirono per lo meno alla ragione di una necessità di evidenza intuitiva, mostrarono sapienza profonda, e iniziarono un istituto, che è il complemento degli istituti giuridici: se non soccorressero queste alte osservazioni i fautori del solo secondo grado di giorisdizione, nel fatto costante nel passato di due soli gradi di giurisdizione, nolla necessità di diminnire la durata dei giudizi potrebbero trovare un forte appoggio contro le nostre dottrine.

Digitized by Google

mostrazione della bontà, e della necessità di mantenere lo istituto della Cassazione.

Ma è facile vedere, che codesti argomenti, lungi dal servire al loro intendimento, sono una prova indubbia della povertà, e del difetto del loro sistema.

Quanto al fatto fu sempre detto, che la maggiore difficoltà sta nel bene determinarlo, ed appurarlo; fu sempre detto, che dal fatto nasce il diritto; la esperienza ha mai sempre dimostrato, che in moltissime cause il fatto, nè dai primi, nè dai secondi giudici fu ben apprezzato ed inteso, fu al contrario esattamente scandagliato, e posto in luce dai giudizi istituiti in terza istanza; e non si può, non diremo, accogliere cotesta obiezione, ma non meravigliare altamente, che si possa presentarla in via di seria opposizione: diversamente da ciò, a nostro avviso, sarà sempre più facile assai il risolvere una questione di diritto, specialmente, quando si voglia, o si sia posto nella necessità di attenersi nella interpretazione delle leggi al letterale significato delle parole della medesima; però, se fosse ragionevole creare una distinzione da causa a causa, in quanto non tutte si volessero rimettere alla cognizione del Tribunale di terza istanza, il limite si dovrebbe fissare in ragione di una determinata somma, non mai in ragione della indole della questione portata in giudizio.

Quanto alla seconda, se non si trova troppo dannoso alla società, che col sistema della Cassazione alcune cause siano prodotte in lungo sei o sette mesi, un anno o due di più di quel che sarebbe, se quell'istituto non fosse, perchè si vorrà trovare grave, e dannoso, che per tutte ancora si attenda un egual termine alla loro definizione! Certamente davanti alla terza istanza non si dovrebbero proporre nuove prove, le cause vi sarebbero riprodotte, e trattate come si fa attualmente col sistema della Cassazione; nel termine di un anno al più, concessa quanta larghezza si voglia ai magistrati, le cause potrebbero essere definite; e considerata la cosa in sè, e nei rapporti coi vantaggi, che se ne può trarre per molte, se non per tutte le cause, nessuno vorrà credere, che l'obbietto sia giusto, e degno di molta ponderazione.

Quanto alla terza infine, noi non vogliamo già negare, che non sia bella, anzi ottima cosa la unicità della giurisprudenza, ma da una parte si ottiene ella sempre coll'istituto della Cassazione! dal-

l'altra è certo, che debba venir meno indeclinabilmente col sistema della terza istanza in forza della pluralità dei Tribunali, della quale si è parlato. In terzo luogo questa sognata unità di giurisprudenza è poi così alto ed indispensabile elemento alla civiltà di un popolo, che altre utilità più importanti, più giustamente vagheggiate, vi debbono essere pienamente sacrificate!

A noi pare, che col sistema della cassazione non si ottenga poi in fatto quella unità, della quale si fa così alto conto; e perchè gli stessi Tribunali supremi, da tempo a tempo, variano nella loro giurisprudenza, come accade in tutte le dottrine umane, e non si è certi che una questione, risoluta in puro diritto dalla Corte di Cassazione in un dato tempo, non possa essere risoluta diversamente in tempo posteriore; ed è bello ed utile, che così sia, giacchè anche le Corti supreme errano alcuna volta pur troppo, come i tribunali inferiori, e sarebbe strano, ed indegno, che per amore al loro passato non avessero a ripudiare i loro errori. E non si può disconoscere quindi, che codesta unità è un sogno, che non si può avverare; e che le decisioni delle supreme Corti non possono essere, che un mezzo indiretto alla diminuzione dei ricorsi, e delle liti, non possono, che col decorso di moltissimi anni, col soccorso della opinione di detti scrittori per mezzo specialmente del conflitto fra le diverse opinioni, variamente accolte dai dottori e dai Tribunali, in contese non rare volte secolari, come avvenne per lo passato, creare la dottrina, che si chiama pacifica, e che sarà poi sempre, a ben guardarla, l'opera definitiva dei dottori, anzichè il risultato solo dell'opera dei Tribunali. Oltre a ciò secondo il sistema della Cassazione, molte, e gravi questioni di diritto controverso sono lasciate al senno ed alla giurisprudenza dei magistrati d'appello: questi sono molto più estesi, che non sarebbero la terze istanze; possono addottare ed addottano tal fiata una giurisprudenza diversa; questa diversità, secondo il sistema stesso, è indeclinabile, emana, come conseguenza naturale, delle intime radici del sistema della pluralità della Corte d'appello, posto a riscontro colla unicità del Tribunale di Cassazione; e di fronte a questo risultato non si sa bene qual pregio si possa attribuire all'opinione di coloro, che per sostenere il sistema della Cassazione, gli attribuiscono delle prerogative, che non ha, gli appongano delle utilità, e degli effetti, che non si verificano.

Così diremo riguardo alla seconda: è vero che col sistema di più Tribunali di terza istanza si avrà una giurisprudenza incerta ed oscillante, varia da paese a paese! Qui si procede in via di presupposti, e noi da una parte non sappiamo farci ragione della facilità, colla quale si annunzia, come una verità storica, ciò, che sta nelle mani dell'avvenire; dall'altra non avendo esperienza certa del contrario, non abbiamo argomenti per oppugnare direttamente, e mostrare erroneo cotesto presupposto; ma sta per noi la esperienza del passato fino ai rivolgimenti politici nello scorcio del secolo passato; poichè essendo immenso, a paragone di quel che potrebbe essere di presente, il numero dei Tribunali di revisione e di terza istanza, diversi i governi, gli statuti, le costumanze e le autonomie dei paesi, pure la giurisprudenza era omai fatta unica e in tutta Italia, e in tutta Europa, senza che vi fosse ostacolo il fenomeno delle tante diversità ora accennate; ma sta per noi l'esempio dell'Italia, dal 1814 in poi, dacchè non ostante la diversità delle legislazioni, dei governi e dei costumi, le massime prevalenti nel foro di Napoli si rendevano spesso prevalenti nel foro piemontese, nei fori della media Italia e viceversa: la dottrina (che è opera dell'uomo, non del governo, che sorge ovunque, opera altamente ovunque, non trova limite ed ostacoli) si diffondeva per tutta Italia e fuori: erano varie le leggi, unica per quanto si poteva la giurisprudenza; ma sta per noi la ragione suprema delle cose, la quale in via di vaticinio infallibile ci addita, che, come per lo passato più nel presente, la dottrina (percorrendo a mo' di dire da un capo all'altro del paese) farà suo pro di tutte le rette osservazioni, di tutti i principi, di tutte le sane applicazioni, che si svilupperanno ovunque, si tradurrà negli altri paesi, si esplicherà agli indotti, farà sì, che quello che si trova giusto a Napoli, si trovi giusto a Torino, e viceversa; e noi non sappiamo credere alla possibilità di questa giurisprudenza varia ed incerta da paese a paese, se non in questi primordii della unità della vita nazionale.

Ma quand'anche per avventura questa diversità avesse a verificarsi, sarebbe poi così fatale alla prosperità del paese da meritare il sacrificio di un sistema, che per tanti altri motivi si mostra utile e vantaggioso! Nessuno oserebbe crederlo: o si vuole che la giurisprudenza resti stazionaria come i dettati, e le dottrine delle sêtte orientali, e allora si ha ragione di escludere ogni varietà possibile

Digitized by Google

con tutti i mezzi indiretti, coi quali si è esclusa la possibilità dei miglioramenti delle dottrine fra le caste dei popoli d'Oriente; o non si vuole, e non si può volere che resti stazionaria; si ammette che qualche volta possa essere viziata e debba essere corretta, e allora si deve anche dare tutta la larghezza possibile, perchè gli errori siano corretti, la varietà della dottrina sia pacificamente discussa ed accettata: e a ciò serviranno mirabilmente le terze istanze. Che se al contrario si creda, che da paese a paese si voglia per sistema, per disdegno, o per qualunque motivo indiretto e secondario, adottare una dottrina diversa da quella adottata prima in altro paese, e allora si può aver ragione di togliere l'adito, a che tali novità perniciose e fallaci riescano a buon fine. Ma noi crediamo che ciò non si possa tampoco supporre: si deve anzi supporre, che savie meditazioni, sapienti propositi, giusta volontà del bene facciano, quando che sia, adottare in un paese una dottrina diversa da quella adottata da un altro; e allora perchè precludere l'adito ad uno studio, ad una teoria, che può essere la correzione di un errore antecedente, una grande e solenne utilità sociale? Questa varietà quindi non nuoce: la sana giurisprudenza eleggerà il meglio: se erra pel primo Torino, correggerà l'errore Napoli, se Napoli, variando le massime di Torino, erra a sua volta, i giureconsulti, gli interessati s'adopreranno perchè si riconosca l'errore di questa, il giusto giudizio di quella: il tempo darà alla ragione il suo valido appoggio, la scienza non sarà stazionaria: fra due opinioni, una delle quali certamente vera, l'altra certamente falsa, non sarà utile ed opportuno che una almeno delle Corti segua il vero, che qualche contendente almeno ottenga giustizia! Si può opporre, che, se vi fosse una Corte sola, tutti la otterrebbero egualmente; ma si presuppone, così dicendo, che questa Corte sola non sia mai per errare, il che certamente ripugna: dateci una Corte sola, infallibile, e noi accettiamo la vostra opinione senza eccezione, ma se ce la date fallibile, noi vi diremo: l'antagonismo eccita le forze, desta la mente, aiuta le scoperte del vero; sarà perciò utile che vi siano più, anzichè una Corte sola.

Che se per avventura questa unità di giurisprudenza fosse, come non è, quella grande, come si voglia, o necessità, o utilità, che meriti bene il sacrifizio di altre utilità di minor conto, sarà egli tolto che si possa instituire un solo Tribunale di terza istanza per tutto il regno! Ho sentito dire da molti, che è impossibile! Ma se voi ra-

dunate in una sola Corte tutti i giudici, che dovreste collocare in ciascuna delle terze istanze sparse nel regno, non potrete in egual modo provvedere alla trattazione di tutte le cause? Se invece di costituire in questa grande Corte diverse sezioni, alle quali siano, a libera volontà dei presidenti, demandate con giusta proporzione le diverse cause portate alla di lei cognizione, dividiate la Corte in tante sezioni: la prima chiamata a decidere le sole quistioni in diritto civile; la seconda di diritto penale; la terza di giure commerciale (1); la quarta del giure puro di rito civile; la quinta del giure di rito penale: voi provvedete con egual celerità alla trattazione di tutte le cause, anzi vi provvedete con molta maggiore garanzia e sollecitudine; dacchè queste diverse sezioni chiamate a decidere sempre quistioni dello stesso ordine, vi porteranno maggior esperienza, e le potranno meglio e più sollecitamente definire; che se per avventura si ritenga, che questa distinzione non si possa fare, e perchè da una parte in molti ricorsi vi abbiano quistioni di rito e di massima, e paia strano, che la causa debba essere demandata a due sezioni; e che la sezione di puro giure civile sia aggravata, al di sopra delle altre, al di là di quanto sia in grado di fare; è facile rispondere, quanto alla prima obiezione; che non v'ha ripugnanza alcuna, che la causa sia demandata a due sezioni, l'una dopo l'altra, se pure ne sia luogo, dacchè la cognizione sul vizio di procedura può rendere inutile la cognizione della quistione in merito; che in ogni modo, in tale emergenza, l'intera causa, vogliam dire, tutte le quistioni in essa contenute potrebbero essere demandate per maggior brevità, e minor dispendio alla sezione incaricata della trattazione del merito: quanto alla seconda, che se una sola sezione non bastasse, se ne potrebbero instituire due, l'una incaricata della trattazione delle sole cause, nelle quali si discutesse il merito, l'altra della trattazione di quelle nelle quali si discute e il rito e il merito, e così si sarebbe facilmente, e senza sconcio alcuno, provveduto alle difficoltà, che si pongono in campo contro cotesta proposta.

(1) Facendo per comodo della intelligenza comune questa distinzione, non intendo venir contro la mia opinione riguardo all'unicità dei Codici; voglio solo, accettando a base del mio ragionamento, l'attuale organismo giudiziario, mostrare, come non disdica anche col medesimo la attuazione di un Tribunale solo di terza istanza.

Digitized by Google

Così noi abbiamo in breve esposto la nostra opinione intorno ai due supremi istituti delle Assisie e della Cassazione, e non ci occuperemo per ora di alcune osservazioni sugl'altri istituti dell'organatura giudiziaria, e per non uscire dai limiti che ci siamo imposti, e perchè avremo campo a parlarne altrove.

Nota A

Strana cosa che sono i giudizi umani! La così detta prova legale fu organata in nome della giustizia e della civiltà; ora in nome della giustizia e della civiltà è disdetta e stimatizzata; fu organata per porre un freno alle esorbitanze delle condanne basate su labili e non giustificati fondamenti a sollievo in ispecie degli imputati, onde non fossero vittime di indebiti sospetti; ora è disdetta nell'interesse della società contro gli imputati, in quanto si crede che riesca indebito scudo d'impunità ai deliquenti e facinorosi; le due età, le due civiltà vengono al cozzo tra loro: sta la presunzione a favore della civiltà dei nostri tempi, ma possiamo noi in buona fede pretendere che sia tutto vero e giusto ciò che facciamo, disfacendo gli istituti e le dottrine del passato, che sia tutto vanità ed errore ciò che pensarono gli antichi? Che sia sempre e indubbiamente cagione di danni sociali ciò che con quegli istituti organarono a tutela degli imputati contro la prepotenza dei sospetti e degli sdegni, coi quali si procedeva contro di loro? No: nessun uomo onesto ed intelligente che abbia conoscenza degli uomini e delle cose, e che sia versato alcun poco nei negozi e nei giudizi umani, può venire in questa così assoluta e non giustificata opinione: se errarono gli antichi nell'esagerare i sistemi di difesa a favore degli imputati, erriamo noi nel togliere ai giudizi umani qualsiasi freno, nell'ammettere che qualsiasi opinione di qualsiasi uomo possa essere la base di una condanna, senza che ne sia tampoco data ragione. Del resto chiunque mostra abborrir tanto della prova legale, quale era plasmata nei libri antichi, mostra procedere piuttosto per prevenzione ingiustissima, anzichè per cognizione esatta delle dottrine, che si svolgevano a sostegno della medesima; avvegnachè si possa con sicurezza affermare che le dottrine stesse sono così larghe, concedono tanto al giusto apprezzamento dell'uomo saggio ed intelligente, che si conciliano perfettamente col sistema della convinzione dotta ed illuminata, sicchè non si può forse proferire condanna per effetto di convinzione dedotta dalle apparenze e risultanze di fatti che non si possano proferire, procedendo col sistema della prova legale; e quando ciò sia, chi non vede che la questione è di forme e di parole e non di sostanza? Chi non vede che l'avversione alla prova legale, in quanto importa il ripudio dello studio sui mezzi di una giusta e razionale convinzione, è un errore di più che si aggiunge agli altri? Del resto a giustificare la nostra opinione bastano due semplici osservazioni: o si parla della prova generica; e le leggi moderne si sono informate ai

Digitized by Google

dettati della scienza antica, la legge, anzichè rimettere alla valutaziono dei giudici il determinare, se il reato sia o no avvenuto, dà loro norme imprescindibili all'uopo; e in questa parte siamo sempre e saremmo sempre per l'avvenire nel campo della piena prova legale: o sì al contrario si parla della prova specifica, e basta leggere i trattati, qualunque ne sia l'autore, in qualsivoglia tempo siano stati redatti per convincersi come fosse determinato, che anche il detto di un solo testimonio, se sorrotto da qualche indizio, potesse essere fondamento ad una condanna; come un indizio solo gravissimo, indeclinabile, o il cumulo di pochi indizi gravi, o la quantità più o meno grande di indizi di pochissimo conto potessero essere base di una condanna. Ora si provvede diversamente col sistema della illuminata convinzione? È detto che con vasto sistema di prove si possa condannare anche senza il detto d'alcun testimonio, anche senza la apparenza di qualsiasi più minimo e labile indizio! certo ciò non è detto e non si può dire; e le sentenze delle Camere di Consiglio e delle Corti d'accusa sono la più manifesta attestazione del contrario. Possiamo quindi ripetere con certezza, che si contende di nomi, ma che la sostanza non è di sorta variata: l'unica differenza tra il passato ed il presente, tra l'uno e l'altro sistema sta in ciò, che essendo i giudizi per lo passato demandati alla cognizione dei magistrati, si voleva coi trattati sulle prove metterli in guardia, fortificare il loro animo e illuminare la loro mente contro gli ingiosti e precipitosi apprezzamenti dei fatti; che essendo di presente affidati i giudizi a uomini indotti delle scienze giuridiche, si ha coscienza, che non si può proceder oltre, senza avvertirli, che sono francati dall'obbligo di qualunque valutazione sulla giustezza, o meno, delle loro convinzioni; e se è così, come è difatti, chi può mai dire, che sia maggiore la civiltà del secondo che del primo sistema? Insomma, riducendo la cosa a suoi veri termini, la convinzione illuminata si ritenne sempre la sola possibile e giusta base dei giudizi umani; i trattati sulle prove non furono mai, che norme estese, riunite, presentate alla discretiva dei giudici, perchè si mettessero in guardia contro i loro possibili errori: si può aver errato non ostante questo soccorso; si può aver esagerato, come accade sempre, quando si entra nei meandri di una vasta casistica; ma quelle norme sono sempre verdi, sono immortali; accompagnano l'uomo nel corso dei secoli. È necessario, che l'uomo le studi; senza lunghi studi in proposito, nessuno può esser certo di giudicare secondo verità e giustizia, anche col sistema della convinzione; vedremo fra non molto rinnovati i trattati sulle prove: la forza delle cose la vince sulle fittizie dottrine dei tempi di transizione come i presenti.

Digitized by Google

CAPO IV.

D) *Del merito e dell'importanza di certi libri di giurisprudenza moderna, e della opinione, che nelle parti, nelle quali sono reputati più profondi e adatti a far prova della giustizia di una determinata dottrina, si possano il più delle volte dire una riproduzione della giurisprudenza antica, donde la conseguenza, che un vero ineluttabile, corrispondente a tutti i bisogni, in tutti i tempi ed a tutte le leggi, in quella risplenda.*

Ora venendo per ultimo a parlare dei libri moderni, noi troviamo un vastissimo campo a percorrere, e delle difficoltà gravissime a superare; imperciocchè, o vogliamo parlare specificamente (come pure sarebbe necessario) dell'indole ed estensione degli studi moderni per delinearne il carattere, assegnarne gli effetti; e temiamo di non potere con sufficiente esattezza trattare una materia così vasta e complicata; o sì vogliamo dar mano allo esame speciale delle diverse opere, classandole, o secondo il tempo in cui furono date in luce, o lo spirito del quale furono animate, o le qualità, i pregi e i difetti, che in essi si verificano, e dobbiamo necessariamente entrare in disamina troppo più estesa di quel, che la natura del presente lavoro comporti. Noi quindi ci terremo ad osservazioni generali, parleremo piuttosto della giurisprudenza, che delle opere dei diversi scrittori, piuttosto dei pregi e difetti, che in generale nelle medesime opere si riscontrano, che del merito o demerito assoluto e relativo degl'autori dei diversi libri.

Ai tempi nostri due sole nazioni presentano un vasto e mirabile corpo di giurisprudenza, vogliam dire, la francese e la tedesca; presso

Digitized by Google

le altre nazioni, vogliam dire l'italiana e la belga, l'olandese e la spagnuola (non parliamo della inglese, che si scosta troppo dalle altre, per poter esser posta con esse in discussione), si trovano lavori pregiati, ma sono pochi di numero, piuttosto, che originali, informati allo spirito ora dell'una, ora dell'altra delle due nazioni indicate, piuttosto creati per correggere qualche errore, per compiere qualche lacuna, per costituirsi livello tra l'una e l'altra, di quello, che atti a dar l'idea di un giure nazionale sufficiente a versare nelle altre nazioni il corredo d'un'alta e profonda giurisprudenza; si può quindi dire senza offesa e senza timore di errare, che tutte le altre nazioni vivono della giurisprudenza e dottrina di queste due. Fra l'una e l'altra poi si verifica questa essenziale differenza. La francese, e per eccellenza pratica, ma non rare volte superficiale; spesso inclinata a desumere i suoi dettati dal giure antico e dalle tradizioni nazionali, non però mai dimentica, anzi non rare volte informata alla luce del giure romano e comune; nel primo caso qualche volta irrazionale, incapace a dar ragione di se stessa, poco diffusiva, e quando pure si diffonda, ministra talora di errori e di confusione; nel secondo caso alta e solenne, atta non solo a dar ragione di sè, ma ad invaghire degli studi del diritto romano, a farne conoscere l'estensione e la grandezza, a richiamare la mente alle sfere serene d'un giure che persuade e conforta, perchè è in piena armonia colla ragione della equità che è la ragione suprema delle cose (1).

(1) Per quanto gli uomini siano ignoranti del giure romano e comune, o per troppa confidenza nel giure moderno lo abbiano in dispregio, e lo credano ormai fatto inutile, o per lo meno in molte parti, comecchè difforme dagli instituti e dalle idee, che regolano la società moderna, incapace a regolare le sorti dei cittadini (locchè non è per certo); pure alla lettura di qualsiasi libro di giurisprudenza moderna si verifica costantemente presso tutti cotesto fenomeno, che si trovano confortati alla lettura di quelle opere e di quelle pagine, sulle quali è vivo il riscontro col giure antico. Si ammira la efficacia suprema della parola, la estensione del dettato del giure romano, la larghezza degli intendimenti pratici, lo sviluppo della dottrina adattata alla varietà e moltiplicità dei fatti contemplati nel giure comune e forense. Si ammira lo scrittore, che seppe ricorrere a quelle fonti, e lo si tiene più profondo e più ammirabile, laddove pone le sue dottrine ed i suoi commenti sul giure moderno in armonia col giure antico. Pare, che il passato riviva nel presente, ma sì per illuminarlo, e per rendere tranquilli, e sicuri gli animi col ricorso alle secolari dottrine di un giure non contraddetto e

La tedesca al contrario per la parte razionale deduce i suoi fondamenti dalle vaste astrazioni di quell'alta e severa filosofia, che si suole denominare colla parola trascendentale, in quanto raggiunto, o presupposto per raggiunto il precipuo apice delle cognizioni umane, si discende poi per tutti i rami dell'umano sapere informandoli ai principii generatori del vero (1): per la parte pratica poi s'inspira unicamente ai dettati del giure romano, mostrando di avere perfino talvolta a schifo le moderne legislazioni: contemperando la parte pratica alla contemplativa, si svolge in lunghe e profonde meditazioni intorno alla natura degli affetti e degli istituti umani, per determinare fino a quali estremi si possa estendere una dottrina, entro quali limiti si debba restringere; è insomma il lavoro della scienza alta e solenne, che procede nella sua via senza arrestarsi a considerazioni estrinseche, dedotte dalle condizioni attuali della società, e dai concetti monchi ed imperfetti d'una o di altra età; è meno pratica, ma assai più scientifica della giurisprudenza francese, e destinata, per questo appunto, ad essere il fondamento del giure avvenire: si distingue insomma dalla francese specialmente per questo, che la francese serve al giureconsulto ed al magistrato per la retta applicazione della legge vigente, essa al contrario serve ai dotti ed ai legislatori per la legge avvenire, per l'innesto dell'antica sapienza dedotta dall'antico filosofismo colla dottrina avvenire: la francese, se ci sia permesso il concetto, è giu-

non passibile di contraddizione: ora quale è la ragione intima e vera di coteato fenomeno? Pare a noi, che non sia se non quella della grandezza del giure antico, dell'autorità tanto indeclinabile di molti dei cessati istituti giuridici; e pare, che questo fenomeno serva por eccellenza a dimostrare la ragione dell'opera nostra, vogliam dire, la necessità dell'innesto del giure antico col moderno.

(1) Se per alcune scuole questa filosofia significa perfezione, perchè è il risultato per lo meno dei più alti conati della mente umana illuminata dalla semplice luce del naturale diritto, per altre significa imperfezione; imperocchè essi credano indispensabile il lume della Rivelazione dei supremi veri, che non si può disdire, avvegnachè si riconosca il bisogno dello spirito umano di riposarsi nei medesimi, in quanto li sente, sebbene non li intenda. Per essi quel conato non solo è sterile, perchè non può mai riuscire al còmpito, che si propone; ma è fatale alla tranquillità dei popoli e degli individui, perchè disvìa le loro menti da quelle dottrine pratiche di verità sentite, ma non esplicate, che solo possono renderli tranquilli ed onesti. Che vasta materia alla disamina, ed agli studi degli alti ingegni! chi potrà lusingarsi di aver tanta lena da poter penetrare, e risolvere sì ardua questione!

Digitized by Google

risprudenza e commento di leggi, la tedesca è scienza, culla e fondamento di leggi.

Emana da questa cardinale differenza, che la dottrina francese, e quella della scuola italiana, che in essa si modella, è qualche fiata vana e superficiale, si limita a dichiarare qual è l'intendimento legislativo senza guardare se sia, o no, razionale, non se pecchi d'esagerazione, non se difetti di previdenza, non se corrisponda, o no, al senno ed ai bisogni dell'avvenire; la tedesca è sempre profonda ed originale, ma qualche volta, per ciò appunto, che segue troppo dappresso la stretta ragione dei principii, ai quali ricorre, riesce improvvida, ed inefficace ad essere attuata di presente, giacchè, nè presso la società, nè presso gli individui si trovano le idee assolute della scienza, nè i mezzi di fare, che queste idee assolutamente trionfino; la dottrina francese è molto studiata e cercata, e perchè è pratica, e perchè è intesa; la tedesca è più ammirata anche da chi nè la cerca, nè la comprende, solo per i giudizi che ne sono fatti da uomini competenti, ma meno influente, perchè meno studiata; la dottrina francese si svolge in grandi ed estesi commenti redatti da illuminare tutte le parti delle moderne legislazioni dai principii del giure di massima fino alle discipline, che fanno all'organamento giudiziario; la dottrina tedesca si adopera nello svolgimento di alcuni quesiti, che a se stessa propone in materie speciali, nelle dichiarazioni di alcune parti dubbie e difficili del giure moderno, in trattati e discussioni scientifiche. Perciò se la scienza francese fino al presente, per quello che riguarda gli effetti della sua dottrina, non ha bisogno della dottrina tedesca, pure questa sarà indispensabile a costituire un corpo di giurisprudenza perfetto, quale si desidera, e sarà opera, o di qualche eletto e sovrano ingegno del presente, o del tempo avvenire, il creare da questo dualismo la scienza vera, che, riducendo a' suoi veri confini il dominio della legge scritta, la sottometterà all'impero della ragione e della giustizia.

Che se ciò posto noi ci facciamo a ragionare dei pregi e dei difetti della moderna giurisprudenza; lasciato a parte i caratteri e le speciali differenze di queste due scuole, che pure importano dettati e giudizi diversi, è manifesto secondo l'indole del presente lavoro, che noi non abbiamo a dir molto nè dei pregi, nè dei difetti della dottrina tedesca al di là di quello, che abbiamo già fatto,

perchè, trattandosi di lavori astratti e filosofici, non estesi a deduzioni e conseguenze, il bene, come il male, sta nel principio, che si segue, nei ragionamenti, che si istituiscono a dimostrarne la giustezza e l'applicazione, e in questo campo non si può istituire ragionamento critico, senza prendere in disamina le opere speciali di uno od altro dei più accreditati scrittori; il che certo non possiamo fare; ma non si può dire altrettanto della giurisprudenza francese, perchè, essendo dessa tutta una serie di deduzioni, e conseguenze tratte dalla legge vigente, ogni procedimento, e conchiusione della medesima è fonte di osservazioni sulla falsità o giustezza degli intendimenti legislativi. Però noi, incominciando a parlare in maniera generale dei pregi, che in essa rifulgono, non possiamo non riconoscere e l'efficacia della parola, e la vivacità dei giudizi, e l'acume delle osservazioni, e la bontà delle dimostrazioni, e la esattezza delle redazioni, e la facilità con cui si sogliono e studiare e porre a confronto, e le diverse parti di uno stesso scritto, e le diverse opere tra loro: ma non possiamo anche dissimulare, che molte imperfezioni si riscontrano nella medesima.

Il grado più alto di perfezione nei volumi di generale o speciale giurisprudenza stà nella dimostrazione della estensione delle conseguenze, che derivano dai dettati della legge, e perciò nella applicazione della legge a molte contingenze, o casi pratici della vita umana; stà nella retta ed esatta esplicazione del significato delle parole tutte, che si usano dalla legge, e dai privati, e segnatamente di quelle parole, che si dicono di *relazione*, le quali a seconda dei casi, e delle circostanze, dei costumi di un paese, delle abitudini di una persona, prendono un significato, che varia facilmente da individuo a individuo, e, che escluderebbero la possibilità, che gli uomini si intendessero, che giustizia, e ragione fossero in equa misura distribuita, se la giurisprudenza non concorresse colla alta sua opera a darvi un significato comune, che servisse di norma ed ai privati ed ai tribunali: tali sono a mo di dire, le parole *ricco agiato*, *povero*, *dotto*, *indotto*, *capace*, *abile*, *intelligente*, *pratico*, e così via dicendo. Ora su questi due campi si esercita il continuo ed indefesso studio degli scrittori tutti del giure comune; in questi due campi essi raggiunsero i sommi gradi della sapienza: ora da una parte la presente giurisprudenza (e deve essere così, poichè è ancora nei suoi primordi), come le opere dei primi commentatori

del giure romano, è forse alcuna fiata arida, e povera, non si estende molto al di là della scorza, e delle nude parole della legge, è troppo perciò al disotto della giurisprudenza antica, non è ancora entrata nel secondo stadio della grande sua opera, che è quella appunto di determinare con larga prudenza, con molte eccezioni, con esatte distinzioni, sotto svariati aspetti, il vero significato delle parole usate dai legislatori, e dagli uomini nei loro atti, e nei loro discorsi; e noi, considerata la cosa sotto questi due grandi aspetti, osiamo asserire, che i libri moderni sono lungi dall'aver raggiunta quell'alta perfezione, che si desidera, e si pressente (1).

Non si vuole già con questo negare, che la giurisprudenza degli scrittori moderni, tuttochè nuova, non abbia dato dimostrazione di forti ed estese dottrine, e qualche lavoro non sia scritto con quella estensione, e profondità di dottrine, che si ammirano in alcuni libri antichi; ma non si vuole anche tacere, che in molti libri moderni la sapienza sia gretta, e povera, troppo ristretta tra gli àmbiti della parola, poco fiduciosa di potersi togliere a così miseri tramiti, poco fiduciosa (perchè priva di larghe basi a larghe vedute), nelle dottrine, che si ammirano in alcuni libri antichi; e noi, sebbene vogliamo nè fare un giudizio, nè assumere tampoco l'apparenza di fare una censura, non temiamo asserire, che alcune almeno delle opere moderne più accreditate, ed in alcune parti speciali del giure, non sono, che una riproduzione delle principali dottrine esposte, e lungamente, e finamente svolte in alcuni vecchi trattati, che ora sono, non diremo posti in dimenticanza, ma certamente non istudiati. Vogliamo dire con ciò, che lo scrittore moderno abbia riprodotto le dottrine dell'antico, tacendo la fonte da cui le ha dedotte; vogliam dire, che per felice combinazione di studi e d'intendimenti, sia riuscito a riprodurre una teoria antica, senza

(1) Si abbandonò negli scritti della scienza l'uso della lingua latina, ma fu per certo un grave errore (lasciato a parte, che la lingua romana meritava ben di essere conservata come la lingua dei popoli civili); ai tempi nostri, o conoscere profondamente tutte le lingue, o valersi delle traduzioni; il primo troppo di rado avviene, il secondo tra per le difficoltà della cosa in sè, tra per le imperfezioni coloro che traducono, che non sono mai i più dotti uomini e i più forti ingegni, importa, che molte volte una dottrina è riprodotta da una in altra lingua, priva di quella efficacia ed esattezza di parola, che costituisce la efficacia ed esattezza della dottrina, ed è tale guaio a cui non si può rimediare; ma è inutile farne querimonia, sebbene omai da tutti si senta il bisogno di una lingua universale, come è universale la scienza.

averla conosciuta! Può essere così questa, come quella ipotesi, ma si deve più facilmente credere piuttosto alla prima, che alla seconda ipotesi. Noi però, lasciando di portare giudizio in questo proposito, crediamo poterne trarre la conseguenza; che la sapienza vera ha grandi, e mirabili pagine nei libri antichi: che la sapienza moderna ha molte pagine grette, e povere oltre ogni credere; e che sia un supremo argomento della verità della nostra opinione il fatto, che il ricorso alle dottrine antiche; anche di presente nel giudizio degli uomini, è indizio di altezza di mente, e di profondità di studi. Che se poi dalla giurisprudenza svolta nelle opere dei giureconsulti moderni, noi volgiamo lo sguardo alla giurisprudenza iniziata dai tribunali, dovremmo essere anche più severi nei nostri giudizi. O sia conseguenza in parte di difficoltà maggiore, che per essi presentino le parole della legge, perchè, se gli scrittori, trattando le dottrine in astratto, non hanno così vivo bisogno di aver sempre nuda avanti agl'occhi la parola della legge, atta talvolta ad infrenar la logica dei ragionamenti, essi al contrario, come che non sorretti da studi antichi e nuovi, vinti dalla prepotenza del concetto, che non è dato giudicare diversamente da quel, che imponga la parola della legge, sono tratti a certi raziocinii, e giudizi, che sono la negazione della legge, e della sapienza, operano in parte per difetto proprio personale, in parte per difetto del tempo; dacchè, cessato pur troppo l'amore a buoni studi, non si crede, non solo possibile, ma ridicolo il dar mano allo svolgimento dei volumi antichi; appena, quando le questioni sono difficili, si adopera a rinvenire alcuna teoria di moderni, atta a giustificare una data opinione, senza poi nè istudiarla profondamente, nè indagare se le si possano opporre dottrine contrarie; ed è per tal modo, che, senza avvedersene, si crea una giurisprudenza imperfetta, e monca, che sarà tra breve guardata con dispregio, e compassione, se avvenga, che con forte, e potente volontà si dia mano di nuovo ai robusti, e profondi studi di un giure imperituro. Però, se noi desideriamo per ciò, che riguarda l'interesse dei privati, che i giudici si corredino di quella vasta, e profonda dottrina, che è la dote suprema ed indispensabile dell'alto loro magistero; per ciò che riguarda la scienza, basterà por mente all'esistenza di questo difetto per avvertire gli studiosi a non tenersi paghi in nessuna maniera della giurisprudenza dei tribunali; e noi lo diciamo tanto più apertamente, e volonterosamente, perchè, come nei

Digitized by Google

primordi di tutte le interpretazioni delle leggi gli uomini, piuttosto che cercare libri adatti ad istruirli, si tengono paghi alla giurisprudenza dei tribunali, e fanno quanto possono meglio per disviare la mente dai buoni studi (1).

Che, se tali sono le condizioni degli attuali studi giuridici, e della attuale giurisprudenza; se il riordinamento di una larga, e profonda giurisprudenza, non può aversi, che colla opera lunga, e costanle degli uomini intelligenti, che assumano spontanei l'incarico di mettere in armonia il vecchio col nuovo; non è men vero, che anche di presente, si può essere in grado di provvedere in parte a tanto sentito bisogno, solo, che vi si porti il tributo di una volontà efficace, e di un costante proposito, non vinto dalle prime difficoltà, nè dall'aspetto di qualche lettura, per caso inutile, nè dal tedio di lunghe ricerche, nè dalla pretesa d'indovinare il vero: infatti, siccome in ogni questione alquanto intricata ed irta di difficoltà si ricorre ai libri della dottrina moderna, così si può anche portare lo studio sui volumi antichi, esaminare le dottrine, e vedere se si conciliino, o no, colle nuove leggi; se sia più vera, e meno fittizia la sapienza del passato, o quella del presente. Cotesti studi, per chi ben guardi, non possono importare maggior occupazione, che di qualche ora o di qualche giorno, e chi non avrà tempo all'uopo! (2).

(1) Offendiamo la magistratura apponendole così apertamente tanto difetto di buoni studii ? Nell'apporre tanti difetti siamo ingiusti verso la medesima? Ognun ben vede, che qui parliamo generalmente, non accenniamo alle persone, non neghiamo la esistenza di onorevoli eccezioni; meglio che censurare l'ordine giudiziario, in cui si riveli tanto difetto, censuriamo il difetto generale a tutti i legisti, e proprio dell'età; essendo ben certo, che i magistrati sarebbero più dotti se la età più dottrina e studio richiedesse dalle persone, che i governi elevano alle magistrature.

(2) Noi anche vorremmo riprodotto in parte l'uso delle citazioni e dei testi; e perchè l'uno col fatto suo si rende strumento e necessità di studio per gli altri, in quanto ripugna all'amor proprio di ciascuno il comparire in lotta armato dei suoi soli argomenti contro chi viene sorretto dalla opinione d'uomini per eccellenza autorevoli; e perchè allo sviluppo di tanta dottrina, alla comparsa, nella sfera delle attuali questioni forensi di tanti uomini distinti per senno e dottrina, non potrebbe non farsi alquanto più piccola la boria degli indotti, che ora, sostenuti da più o meno larga ala d'ingegno, si credono da più di quello che sono: si torrebbe il dubbio, che le dottrine vere poste a base della risoluzione di date questioni non fossero ben comprese dal volgo degli indotti (soliti a seguire più

CAPO V.

E) *Del metodo, col quale, in base alle idee svolte nei presenti prolegomeni, noi crediamo che si possa dar mano colla maggiore chiarezza e brevità alla redazione del lavoro, che, informando l'intera legislazione, e riducendola ai principi della scienza, valga ad ottenere gli effetti, che ci siam proposti.*

Così noi abbiamo in breve delineato e teoricamente, e praticamente il concetto del nostro lavoro, e chiudiamo questi abbastanza lunghi prolegomeni: con una mano accenniamo al passato, ed invochiamo la sapienza antica nelle parti nelle quali è inconcussa e la rimettiamo sull'antico suo seggio, escludendo gli errori moderni, ed avvezzando la mente umana alla severità ed estensione di quegli studi, che ci paiono la miglior opera contro la riproduzione, e la conservazione dei detti errori; coll'altra accenniamo all'avvenire, e intendiamo mostrare gli errori presenti della giurisprudenza, e nei rapporti col passato, e nei rapporti coll'avvenire; nei rapporti col passato per la dimenticanza di dottrine, che non possono essere nè dimenticate nè ripudiate: nei rapporti coll'avvenire, perchè la legge non provvede abbastanza bene per l'attuazione dei miglioramenti in tutte le parti della legislazione, miglioramenti che la civiltà avvenire deve indispensabilmente introdurre: mostriamo la scienza sempre antica, e sempre nuova, il connubio di dettati immutabili di ragione, che si estendono alle nuove fasi della civiltà umana, colla novità dei costumi, colla mutabilità degli istituti sociali, senza, che nè questi importino la dimenticanza di quelli: nè quelli, importino

facile sapienza, o come accade più spesso, la fatale prepotenza della propria opinione), in quanto paiano l'effetto del raziocinio di un avvocato, o di un giudice, a cui non sempre si presta venerazione, anzichè il risultato della scienza umana; invece le sane dottrine si porrebbero da se stesse in evidenza; l'esercizio del foro, non solo sarebbe una palestra, nella quale si esercitano gli ingegni, ma sarebbe una scuola, nella quale gli uni a lor volta apprendono dagli altri, e sono posti in condizione di salire più facilmente alla suprema altezza della sapienza.

uno ostacolo al libero svolgimento di questi; ed ora crediamo opportuno di dare in breve un cenno del metodo, che terremo nella esecuzione di quest'opera.

L'opera sarà divisa in tre parti fondamentali,

La prima comprenderà il codice civile, il codice commerciale, il codice di procedura civile e commerciale.

La seconda comprenderà il codice penale militare marittimo, il codice di procedura penale.

La terza comprenderà i regolamenti per l'amministrazione della giustizia penale e civile, ed in generale i dettati sulle leggi amministrative del Regno.

Nelle due prime parti cominceremo dei codici di massima, e finiremo coi codici di procedura; nella terza parte terremo quell'ordine razionale, che ci sembrerà più consentaneo dopo lo sviluppo delle due prime parti, sembrandoci, che solo la compiuta trattazione delle due prime parti possa servire a dimostrare il nesso logico, e pratico, che intercede fra loro, e mettere meglio nella loro vera luce le diverse materie, che in essa dobbiamo chiamare ad esame; e però, se si potesse in qualche modo prevedere quello, che sarà più conforme all'ordine razionale delle cose, ci sembra, che prima avremo a parlare dei regolamenti pei tribunali civili, indi dei regolamenti pei tribunali penali, e poscia di tutti gli altri, in quanto o direttamente, o indirettamente devono essenzialmente far capo a questi.

Nella trattazione poi d'ogni materia terremo il seguente ordine: esposto il testo delle leggi vi faremo quei commenti, che ci parranno convenienti, e in ordine legislativo, e in ordine strettamente giuridico, valendoci dei dettati della sapienza antica, e moderna, chiameremo ad esame gli aforismi scientifici, che a ciascuna parte si riferiscono, per mostrare o l'armonia, o l'avversione fra loro, e determinare a quali si debba la prevalenza, quali si debbono ammettere, e quali ripudiare; accenneremo per ultimo agli scrittori antichi, che nella trattazione della scienza si sono mostrati più dotti, e profondi: in via di nota poi a svolgimento pratico del nostro concetto sulla unicità dei codici, daremo titolo per titolo, il progetto delle aggiunte o modificazioni, che si dovrebbero introdurre nella legge civile per preparare la legge generale, dando in breve se pure è del caso, la ragione dei motivi, sui quali saranno basate le aggiunte, e modificazioni stesse, all'intento di togliere quella ap-

Digitized by Google

parenza d'incompatibilità, che a primo abbordo potrà da alcuno esser trovato tra l'una, e le altre disposizioni.

A questo modo, il nostro lavoro sarà svolto in breve, é con quella chiarezza, che per noi si potrà maggiore; non dobbiamo poi tacere, che, siccome avemmo già a dire, che lo Statuto Nazionale dovrebbe essere posto a capo del codice generale, da noi immaginato, così fu anche nostro pensiero primo di cominciare il nostro lavoro colla riproduzione del medesimo, e col commento ad alcune delle sue disposizioni, nelle quali è più esplicito, più indispensabile il nesso colle dottrine del giure civile; ma una considerazione di alta importanza ci ha arrestato nel nostro divisamento, e ci trattiene dal colorirlo. La nuda riproduzione dello statuto, il semplice commento a qualche sua disposizione forse in fatto riuscirebbero al dissotto, e delle nostre idee, e del cômpito, che ci siamo proposti: a nostro avviso alcune parti dello statuto dovrebbero essere mutate, e non se ne potrebbe parlare sénza censurarlo, senza indicare quelle, che dovrebbero essere in tutto abrogate o modificate, o per lo meno far cenno a disposizioni più eque, e più conformi alla civiltà presente ed avvenire del popolo italiano, che dovrebbero essere alle medesime sostituite; ma il patto fondamentale della vita di un popolo non può essere chiamato in discussione, non può essere oggetto di studio e di giuste critiche, che a tempi tranquilli, sicchè i cittadini e i governanti possono restar tranquilli alle censure, che si facciano, siccome avviene per quelle, che si fanno sulle altre leggi di qualunque natura. Io quindi volendo secondare questa ragione di opportunità, era posto nella necessità; o di fare un lavoro, a mio avviso, povero, ed insufficiente allo sviluppo delle mie idee per l'avvenire, astenendomi dal fare quelle osservazioni, che mi sembrano indispensabili a volerne parlare razionalmente ed utilmente; ed era cosa che a me ripugnava; o di astenermi affatto dal parlarne, dal riprodurne perfino il testo: e fra le due vie, ho eletto la seconda; tanto più poi ho creduto di poterlo fare, perchè da una parte i principii generali, che vogliono essere sanciti negli Statuti delle nazioni, siccome il nucleo da cui si svolgono tutte le leggi, sono commento a questi presupposti, dall'altra il lavoro da noi immaginato, in quanto non si vuole dargli a base idee contingenti, e relative, quali si manifestano negli istituti dei popoli secondo il diverso stato di civiltà, nel

quale vivono, ma assoluta, ed incontrovertibile, importa, che lo Statuto debba esser plasmato secondo i concetti del vero assoluto, al quale ci riferiamo, non mai, che questo vero assoluto debba esser in parte modificato od impicciolito, per esser posto a livello delle idee relative dei popoli. La parte razionale quindi del nostro lavoro, considerata in sè secondo l'ordine di ragione di tutta la scienza, chiama davanti il suo tribunale anche le leggi statutarie per sentenziare sulle medesime, ma importa essenzialmente, che questa disamina sia compiuta dopo la trattazione delle altre materie.

Ed ora, che abbiamo esposta la indole, delineata la trattazione del nostro lavoro, potremo noi porvi mano con fiducia, sperare di poterlo così rettamente eseguire, come ci sembra d'averlo rettamente immaginato, e proposto?

Sono tante le difficoltà, così estese le materie, che il pensiero si arresta spaventato; ma ad ogni modo pare a me, che se pure io non abbia nè ingegno, nè dottrina, nè volontà, nè tempo sufficiente a compirlo, sarà pure utile avere in qualche modo aperto un campo nuovo agli studi; che anche i miei errori non saranno del tutto infruttuosi: così mi assista Iddio, come io riposo tranquillo in questo pensiero, che, nelle amarezze di tanti dubbi, solo mi conforta, e mi sostiene.

CAPO VI.

F) *Di alcune osservazioni generali sul metodo delle leggi, e degli scritti italiani nei rapporti specialmente colle leggi o colle opere della giurisprudenza francese.*

Prima però di dar mano al breve commento, che ci siamo proposti sulla attuale nostra legislazione, non possiamo trattenerci da una osservazione preliminare sul merito assoluto, e relativo della medesima; se essa non ha potuto e saputo francarsi in tutto dalle influenze francesi, e dagli errori di una giurisprudenza monca, ed imperfetta, sorta sulle orme di quella, ha non pertanto a preferenza delle altre legislazioni italiane, alle quali va ad essere sostituita, e

degli altri progetti di legislazione, che poi non furono condotti a fine, dal lato del concetto legislativo, il pregio assoluto di una liberalità di intendimenti, dalla quale non si aveva esempio, senza, che sia perciò caduta in certe sfrenatezze, che valsero amare censure ai citati progetti, e furono in gran parte causa del loro abbandono: e per ciò, che riguarda l'ordinamento delle materie, la forma, e la redazione, ha il merito relativo d'avere meglio ordinate, e raccolte sotto un concetto generale molte disposizioni, che negli antecedenti corpi di legge erano variamente sparse nei codici di processura, o in leggi speciali; d'avere ridotto, e composto a più razionale, e semplice ordine le non poche parti, che in altri codici si trovano irrazionalmente disposte in forme diverse, e d'aver usato un linguaggio più esatto, e più italiano di quello, che salvi pochi codici, siccome il Toscano, e il Modenese indarno si cercava nelle altre legislazioni italiane: non si vuol dire con ciò, che anche in queste leggi non si rinvengano mende e lacune non poche, come saremo per accennare man mano; ma non è poca gioia per chi ama il suo paese e le sue tradizioni, per chi vagheggia la bontà della legge, e il pregio della vera giurisprudenza, per chi sente la bellezza della sua lingua, e sa, che la lucidità del concetto legislativo sta nella perfezione della parola, il vedere che i voti della buona e sana critica non furono semi sparsi nel deserto, che i codicifatori altamente sentirono, nobilmente soddisfecero al bisogno di dare al popolo italiano una legge svolta in lingua italiana, organata con quella alta sintesi, che è il pregio più cospicuo delle menti italiane: e noi tanto più ci dobbiamo consolare di questo mirabile pregio, perchè prima dell'anno 1859 gli studi di confronto delle legislazioni vigenti in Italia, e fuori, e le opere sui miglioramenti, che si potevano in esse introdurre, erano pochi, e scarsi: appena qualche alto ingegno accennava al difetto gravissimo d'aver riprodotto nelle nostre leggi discipline dedotte dalle tradizioni francesi, conformi alle leggi francesi, difformi dalle tradizioni, e dagli intendimenti popolari e scientifici d'Italia: e questi stessi ben di rado poi formularono esattamente il loro concetto fino a ridurlo a idea pratica, più raramente ancora osarono insorgere apertamente contro alcuni degli istituti, che li facevano venire in tale sentenza, e combatterli; e ciò era dovuto alla piccolezza della cerchia di ogni stato, al timore di potere errare nel portarne giudizio,

Digitized by Google

perchè non avendo conoscenza del come in pratica le leggi straniere corrispondessero alle bisogna dei popoli, si dubitava di portare giudizi erronei, che il fatto solo potesse contro ogni sforzo di raziocinio mostrare tali; si asteneva da molte censure per quel naturale pudore, che vieta a chi visse oscuro ed ignorato di attaccare di fronte ciò, che ha per sè il corredo di un gran nome, di grandi tradizioni, di grande autorità: quando però riunita la Italia in un solo Regno, si pensò anche a darle un unico, e conforme corpo di leggi, non mancarono in ogni parte di Italia alti e forti ingegni desti al lume della grandezza nazionale ad elevare la loro voce contro gli errori delle leggi straniere e nostrali, già a quelle informate, non portando per i grandi nomi, e le grandi autorità, che quel rispetto che essi meritarono, e meritano, mentre pure se ne combattono le idee e gli insegnamenti; e se è a lagnarsi di alcuno, è di coloro che non pongono mente a cotèsto non forte, ma solenne, ma costante, ma tenace movimento dell'ingegno italiano; che, seguendo le vecchie abitudini, trovando più comodo organare le leggi sulla foggia delle antiche e delle francesi, che plasmarle di nuovo; che, sospettando della bontà di certe idee nuove, solo perchè non erano sorte nei loro cervelli, adottarono le buone idee a metà, non per intero; sicchè si può dire, con sicurezza di non errare, che gli elogi, che ora abbiamo fatto al nuovo corpo di leggi, sono dovuti, in quanto si sono tolti di mezzo molti sconci delle leggi e degli ordinamenti antichi, non sono dovuti, quando si pongano a riscontro con molti miglioramenti con tutta larghezza proposti da ingegni egregi, che non furono tampoco forse presi in considerazione, e che dovranno col tempo essere tradotti in leggi (1).

Del resto per parlare pure del merito dei lavori di questo genere

(1) La prova più manifesta, che i codicifatori, e ministri non hanno molta coscienza sulla bontà di certi organamenti legislativi, sta in ciò, che appena attuato il nuovo Codice di procedura portante la istituzione del Tribunale di Cassazione, fu nominata una Commissione per riferire, se non fosse migliore il sistema della terza istanza: è fatale, che in Italia domini tanta mutabilità di idee, che fa risovvenire il famoso detto del poeta « a mezzo novembre non giunge quel che tu di ottobre fili » ma non pertanto questo fatto è prova, che i germi delle buone leggi si sviluppano, si diffondono, e si prepara col tempo il loro definitivo predominio: e come no, se non si ha certezza, che quello, che si fa, sia il meglio di quello, che si possa e debba fare?

per lo più prodotti nei giornali giuridici del Regno dobbiamo dire, che in essi risplende retta dottrina, e molto senno pratico: quelle brevi elucubrazioni diffuse rapidamente, studiate con alacrità, produssero meravigliosi effetti, e servirono per certo a dare quella più perfetta legislazione, che fu da ultimo pubblicata. Però, se lo spirito italiano in così breve termine ha potuto sorgere tanto alto nella via del perfezionamento; e le aule del potere legislativo hanno così favorevolmente accolte non poche delle nuove opinioni, fino ad averle tosto tradotte in disposizioni legislative, se ne può trarre felice augurio, che i buoni studi, le dotte lucubrazioni ora più che mai, all'apparire della nuova legge, riprenderanno nuovo vigore, e si darà mano a nuovi e più radicali miglioramenti, i quali ridaranno alla Italia il supremo seggio nella legislazione, e nella giurisprudenza.

Le quali cose noi abbiamo creduto opportuno esporre in via preliminare al nostro commento, e per chiamare l'attenzione degli studiosi sopra questo mirabile fatto dello spirito italiano, che fa tanto bene sperare di lui, e per ringraziare nell'interesse della nazione e della scienza, gli egregi scrittori, che colle loro opere hanno potuto in così breve tempo portare tanti miglioramenti nelle nostre leggi. Oltre a ciò era giusto nei primordi del lavoro accennare ai pregi, che riscontriamo nelle nuove leggi e negli studi presenti, perchè, dovendo in seguito, per soddisfare al còmpito nostro, far meglio censure, che elogi, tacere delle parti buone per accennare alle parti difettose o cattive, si sappia, e si abbia a mente, che se là tacciamo del merito e delle lodi, è perchè dobbiamo solo occuparci dei difetti e degli errori: che, se là censuriamo di continuo, avviene solo, perchè non disconosciamo appunto l'ufficio supremo dello scrittore critico sulla legge e sugli istituti sociali, e l'obbligo, che egli ha, di porre in rilievo i difetti, perchè siano riparati e corretti.

Del resto il nostro commento avrà due maniere di dimostrazione, che si alterneranno a vicenda a seconda dei casi, senza che vogliamo o dobbiamo usarli sempre, e usarli con un determinato sistema l'uno dopo l'altro, come si costuma da certi scrittori; vogliamo dire, che procederemo ora con giudizi assoluti, dimostrando, secondo che a noi parrà opportuno, e il pregio e il difetto delle disposizioni legislative, e le buone e dannose conseguenze, che ne

Digitized by Google

derivano; ora in via di comparazione, mettendo a confronto i dettati di altre leggi, all'uopo di mostrare dove sia maggiore la bontà, minore l'imperfezione; certamente, che anche la comparazione non si adopera, che a corredo di una dottrina, non è che un mezzo di dimostrazione di un dato vero, e non si può assolutamente trovare in essa un sistema di dimostrazione di una natura speciale, e diversa dalle altre; ma non pertanto nel modo, con cui si attua, per la facilità con cui si spiega, per la evidenza colla quale accompagna le sue deduzioni, questa non rare volte assume l'apparenza di un processo logico e dimostrativo del tutto speciale, sicchè praticamente si può tener distinto dalle altre; ed è perciò, che come ho creduto opportuno di seguire tale sistema di trattazione, così anche ho creduto, e credo opportuno il darne questo breve cenno.

CAPO VII.

G) *Di un modulo pratico del come si dovrebbe, secondo noi, dar mano alla trattazione dei lavori accennati nel capo quinto, eseguito sul titolo preliminare* delle leggi, *quale si trova e nel Codice civile e nel Codice penale.*

Ed ora venendo al Capo settimo di questa seconda parte del nostro lavoro noi vi daremo mano in cinque parti parimente distinte.

Nella prima esporremo il titolo preliminare della legge secondo il nostro Codice civile, e faremo sul medesimo quelle critiche, che crediamo opportune.

Nella seconda, entrando nel campo della giurisprudenza, esporremo le dottrine in proposito del giure Romano.

Nella terza, stando sempre nel campo della giurisprudenza, esporremo le principali dottrine del diritto comune.

Nella quarta, esporremo il modo, col quale, secondo noi, riassumendo le disposizioni del giure civile e penale e dei giuri speciali, si potrebbe dar mano alla redazione della legge universale.

Nella quinta infine daremo un brevissimo cenno bibliografico sulle migliori opere da consultarsi in questa materia.

N° 1°

Esposizione del titolo preliminare delle leggi secondo il Codice del Regno.

Art. 1. « Le leggi promulgate dal re divengono obbligatorie in « tutto il regno nel decimo quinto giorno dopo quello della loro « pubblicazione, salvo che nella legge promulgata sia altrimenti « disposto.

« La pubblicazione consiste nella inserzione della legge nella rac« colta uffiziale delle leggi e decreti, e nell'annunzio di tale in« serzione nella gazzetta uffiziale del regno ».

Crediamo cominciare il nostro commento a questo articolo con un riscontro negli articoli 1, 2, 3, 4 del progetto di revisione del Codice albertino: codesti articoli sono così concepiti:

Art. 1. « La legge emana dal potere legislativo nelle forme « stabilite dallo Statuto costituzionale. Il Re ne fa la promulga« zione ».

Art. 2. « La promulgazione si fa con atto che contiene:

« Il nome del Re;

« L'approvazione data dalle due Camere legislative;

« La sanzione del Re al voto delle due Camere;

« Il testo della legge;

« L'ordine che l'atto sia munito del sigillo dello Stato ed in« serto nella collezione degli atti del Governo;

« L'ordine che la legge sia osservata e fatta osservare ».

Art. 3. « La promulgazione della legge è fatta prima dell'aper« tura della sessione parlamentare immediatamente successiva a « quella, in cui fu votata, salvo che nella legge medesima sia sta« bilito un'altro termine di promulgazione ».

Art. 4. « La legge porterà la firma del Re, sarà controsegnata « dal Ministro proponente, e munita del visto del Guardasigilli che « vi apporrà il sigillo dello Stato ».

Codeste disposizioni non solo sono utili, ma necessarie; perchè, lasciato a parte, per ciò che riguarda il Potere, da cui emana la legge, che le nozioni relative si possano desumere dallo Statuto

Digitized by Google

nazionale), è manifesto che nel medesimo non si parla degli estremi della promulgazione, nè della persona che deve farla, nè degli estremi della pubblicazione delle leggi; è pure manifesto che tale indicazione, è parimenti indispensabile, perchè il potere giudiziario possa giudicare, se un dato atto abbia il carattere della legge e sia obbligatorio; e non si può dubitare che il Codice attuale non sia in proposito apertamente difettoso; nel medesimo si presuppone, che le nozioni della legge si abbiano altrove, ed è perciò che non se ne parla; forse anche si è creduto di non dovere accennare agli estremi proprii della legge, ed al Potere dal quale emana, per la possibile loro mutabilità, e la necessità di non mettere a fondamento di un corpo di leggi duraturo cose dipendenti dalla politica istituzione di un popolo facile a subire mutamento nelle forme, colle quali opera il potere supremo dello Stato, senza che abbiano a mutare le altre leggi; ma quand'anche, così argomentando, noi ci apponiamo al vero, considerata la legge anche sotto questo presupposto, non è meno difettosa, perchè per lo meno dovrebbe indicare i caratteri estrinseci della legge atti a far ritenere, se un dato atto del potere esecutivo sia legge o no; e poichè codesta osservazione com'è verissima, è altrettanto ovvia e comune, crediamo di doverci limitare a codesto semplice annunzio.

Ora venendo al testo della legge:

La pubblicazione si fa consistere, e nella inserzione della medesima nella raccolta delle leggi, e nell'annunzio di tale inserzione nella gazzetta ufficiale; e noi troviamo un primo difetto, in questa disposizione, perchè non si dice per cura di chi, come pure si doveva, perchè si sapesse alla evenienza dei casi, se la inserzione di un determinato atto o legge nel detto giornale avesse o no gli effetti di una vera pubblicazione; troviamo un secondo difetto nella redazione di cotesto articolo, perciò che riguarda i due estremi della inserzione negli atti dello Stato e nella gazzetta ufficiale; perchè, sebbene argomentando dalle intenzioni, o secondo la razionalità delle cose si debba ammettere, che il legislatore ha voluto stabilire, che l'un fatto non può stare senza dell'altro, e che l'annunzio della inserzione costituisce il punto di partenza per determinare il giorno, in cui la legge si rende operativa, pure le parole di questo articolo non dimostrano appieno la esistenza di questo intendimento, poichè la inserzione potrebbe essere fatta in un giorno,

Digitized by Google

l'annunzio in un altro, potrebbe essere fatto l'uno e non l'altra, e si potrebbero ingenerare dei dubbi sugli effetti di questi fatti speciali, mentre poi in realtà la pubblicazione non può dipendere che da un fatto unico, che è quello appunto dell'annunzio di tale inserzione, in quanto allora solo il paese ne viene a cognizione. Evidentemente le accennate disposizioni del progetto di revisione del Codice Albertino erano più esatte e chiare, e solo l'amore inutile ed ingiusto della brevità può aver indotto i compilatori del Codice attuale a redigerlo in maniera meno esatta.

Del resto è chiaro: 1° Che se mancassero alcuni degli estremi per la promulgazione e pubblicazione della legge, essa non sarebbe obbligatoria; 2° Che la pubblicazione fatta per tal modo è molto imperfetta, dacchè non tutti e sempre ne vengono a cognizione: a nostro avviso l'unico vero mezzo di pubblicazione è, che sia affissa nei modi di stile nei capo-luoghi d'ogni comune, come era sancito da molte legislazioni passate; niuno vorrà dubitare, che rimesse le copie necessarie alle prefetture e da quelle ai comuni, la pubblicazione non potesse aver effetto quasi contemporaneamente: non lo fosse anche, quante volte si stabilisse, che la legge dovesse essere affissa dai sindaci il giorno dopo di quello, nel quale fosse da essi ricevuta, e non fosse operativa al di là di tal termine che l'affissione avesse dovuto certamente essere fatta in qualunque comune, si sarebbe bene provveduto alla bisogna: e non può far ostacolo, che a questo modo si deve ricorrere all'opera di troppe persone, e può nascere, per difetto loro, qualche sconcio inevitabile, e grave di fatali effetti. E non si può ragionare a questo modo della pubblicazione delle leggi, che non si possa d'infinite altre operazioni del potere esecutivo; questo sospetto non può essere ragione perchè si ripudii un sistema così comodo ed esatto: al di là di questo non vi potrebbe essere che il concetto del minore dispendio; ma non è certo in queste cose che si deve far prevalere la ragione della economia; ed è strano, che mentre per ciò che riguarda il Codice presente si vuole, che resti affisso nelle sale d'ogni comune per trenta giorni e per sei ore per giorno; mentre si vuole, che le liste elettorali politiche siano affisse pure nelle sale del Comune; mentre pei Comuni si riserba il sistema di pubblicazione ora da noi additato, per tutte le leggi che da essi emanano, si voglia poi stabilire che tutte le altre leggi dello Stato siano pubblicate in maniera tanto diversa.

Art. 2. « La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha « effetto retroattivo ». (Vedi la Nota a pag. 272).

È una deduzione dalla legge francese, che noi crederemo non dovesse, come che del tutto vana ed oziosa, trovar posto in codesta nostra legislazione: quest'articolo non contiene che una idea di relazione, una conseguenza, che si deduce da altri fatti e principii; vogliam dire, che non può essere disconosciuta la validità degli atti e delle convenzioni fatte in conformità della legge vigente al tempo, in cui furono condotte ad effetto, e che la legge nuova diventa obbligatoria solo dopo la sua pubblicazione: la giurisprudenza su queste basi creò l'aforismo che la legge non può aver effetto retroattivo. Il legislatore francese che veniva a ridare ai popoli un corpo complesso di leggi posteriore a molte leggi speciali, nelle quali, per concetto politico, si era disfatto il passato, si era disconosciuto il principio della non retroattività della legge (come pure per motivi speciali è necessario che alcuna fiata avvenga), trovando le idee in proposito oscillanti, e gli animi inchinevoli a fare una falsa applicazione della nuova legge, argomentando da ciò, che molte volte non si aveva avuto rispetto di quel principio, potè trovare opportuno innestare un concetto di giurisprudenza fra le sue disposizioni; ma non è così dei tempi nostri; in ordine razionale quindi è assai più giusto determinare, che il legislatore in dati casi, per cose d'ordine pubblico, può disporre che la legge abbia effetto retroattivo, di quello che dire, che la legge non può aver effetto retroattivo: così sarebbe preparata la via alle leggi transitorie, sarebbe pienamente giustificato il fatto delle leggi di processura, che quasi sempre, per ragione di necessità, hanno effetto retroattivo. (Vedi la Nota a pag. 273).

Art. 3. « Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro « senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole « secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

« Qualora una controversia non si possa decidere con una pre- « cisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che « regolano casi simili o materie analoghe; ove il caso rimanga « tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di « diritto ». (Vedi la Nota a pag. 272).

Quest'articolo non contiene altrimenti che due canoni di giurisprudenza, che a nostro avviso non potevano essere ridotti a disposizione legislativa, mentre poi, al di là di questo ne sembra, che quando si volesse entrare nel campo dell'ermeneutica, v'hanno ben altri canoni speciali ristretti ad un ordine isolato di fatti, che meglio avrebbero meritato di essere elevati a disposizione legislativa. Infatti chi può mai aver posto in dubbio, che la parola non sia il miglior mezzo di dimostrazione della volontà e degli intendimenti umani? Chi può dubitare, che la legge non debba essere interpretata secondo il senso naturale delle parole, e l'intenzione del legislatore? A che farne parola? Al contrario di ciò, se l'intenzione del legislatore non paia addimostrata, ed a sufficienza compresa nelle parole, se queste paiano contraddittorie alla ragione della legge, come si potrà governare la bisogna di fronte ad un dettato, che vuole due estremi incompatibili tra loro, posti in armonia tra loro, per per uno scopo, che pure è impossibile ottenere col loro mezzo? È vero che a questo difetto supplisce il secondo articolo, al quale viene attribuita facoltà di ricorrere al diritto comune; ma intanto la disposizione di legge si dimostra abbastanza elastica ed imperfetta; ponendo il secondo non era necessario collocare il primo; si potevano lasciare tutti e due: a nostro avviso se si potesse creare un canone in proposito sarebbe questo soltanto: che la legge si spiega ed interpreta colle regole di ragione, e che nel dubbio, l'intenzione del legislatore debba prevalere sulle parole della legge. non possiamo però tacere, che il ricorso alle regole di diritto, in questi due articoli sancito, ci è vero conforto, perchè accenna alla idea nostra, al ricorso cioè agli antichi dettati per esplicare la legge nuova.

Art. 4. « Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad « altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi ».

Le parole di questo articolo sono generali; il concetto è così proprio di qualsiasi legge; le leggi penali e quelle di eccezione si presentano non rare volte così complicate e dubbie, che mal si sa comprendere, come non siasi anche per esse adottato il principio sancito dall'articolo superiore; male per lo meno si sa comprenprendere, come vi possono essere leggi, per le quali si adoperi in

Digitized by Google

regola diversa che per le altre: si vuol negare ogni giudizio per analogia, ma è sempre giusto? Se è punito il bigamo, deve essere punito anche il trigamo: eppure una quistione di questo genere, portata davanti ad un Tribunale inglese, fu risoluta nel senso, che il trigamo non potesse essere punito perchè la legge non ne aveva parlato. Questo giudizio fu considerato come una strana conseguenza di troppa esagerazione di sistema nell'interpretare la legge, ma con la nostra legge alla mano si potrebbe dubitare, se il Tribunale non avesse giudicato a ragione. Secondo le parole della legge in fatto potrà essere punito anche il trigamo? A termine di ragione, certo che sì, per la massima a *majore ad minus:* ma sarà sempre vero di fronte allo stretto linguaggio della legge, che vieta estensione da caso a caso! Appare quindi, che queste leggi debbano, sì, essere interpretate in senso del tutto ristretto, ma che non si possa ad esse negare la facoltà di estendersi cogli argomenti della analogia: vi torneremo sopra.

Art. 5. « Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per « dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle « nuove disposizioni con le precedenti, o perchè la nuova legge « regoli l'intera materia già regolata dalla legge anteriore ».

Finchè la legge è nuova, la disposizione è giusta, questo dettato non può non avere luogo: il legislatore non potrebbe permettere, che il rifiuto di ubbidire alla legge importasse la di lei abrogazione; ma nel decorso di più secoli di fronte al fatto, che certe leggi non vengono abrogate, non perchè non lo si credesse utile ed opportuno, ma perchè la infrequenza dei casi, ai quali si riferisce, toglie che il legislatore le abbia avanti gli occhi allorchè redige la legge nuova, abroga in tutto od in parte le leggi antiche; allorquando una legge, non abrogata in alcuno dei modi annunciati in questo articolo, non fosse non pertanto per lungo seguito di anni per giusti motivi osservata, potrebbe ragionevolmente da qualche zelante o troppo aspro magistrato essere chiamata in vigore ed applicata? noi crediamo che no: ci pare quindi, che questo concetto legislativo si avesse potuto intralasciare, giacchè si possono verificare dei casi nei quali sia fatale, in quanto i Tribunali non si tengano obbligati a disconoscere, si credano anzi obbligati ad applicare una legge, che fu già ripudiata dalla ragione e dalla civiltà dei tempi: giacchè

I di là di quel che sia delle strette parole della legge, il fatto della pubblicazione di nuove leggi informate ad uno spirito di civiltà nuova, incompatibile colle antiche, può essere considerata sempre come una esplicita abrogazione delle leggi antiche informate ad uno spirito diverso; giacchè la legge, meglio che il fatto di un uomo o di un secolo, deve essere, ed è la rappresentanza degli interessi, delle opinioni, delle tendenze dei popoli: non può durare quando queste mutano; il solo fatto di questi mutamenti congiunti a nuovi fatti legislativi, che li consacrino, deve bastare perchè la legge si possa dire abrogata essenzialmente, anche laddove il legislatore non sia proceduto apertamente e manifestamente per una delle tre vie indicate nell'articolo stesso: senza questa dottrina la legislazione romana non sarebbe stata quello che è; il popolo inglese a capriccio di giudice potrebbe essere travagliato da incompatibili stranezze, poichè infinite leggi del medio evo ivi esistono, che non furono mai nè direttamente, nè indirettamente abrogate, e non vivono nei volumi, che per tener viva la fiamma delle tradizioni nazionali, e quella tenacità di opinioni che molte volte è uno degli elementi della grandezza di un popolo: senza questa dottrina poi non si potrebbero applicare alcuni dei principii fondamentali della ragione, siccome quello, *error facit ejus*, in quanto l'errore faccia pur ritenere abrogata una legge, che veramente non è; l'altra, *cessante ratione legis cessat et jus dispositio*, ed altri molti ancora, dei quali avremmo a parlare. Noi quindi crediamo che il legislatore non dovesse nè dire, che la sua legge possa essere abrogata, nè indicare i modi, coi quali può essere abrogata: l'abrogazione è opera dell'avvenire, e si deve lasciare alla balla delle generazioni avvenire, si deve lasciare all'autorità discrezionale incensurabile dei magistrati il determinare se sia o no avvenuta; le scuole soltanto possono parlare dell'abrogazione, classificarla, determinarla a direzione delle menti nelle infinite difficoltà che possono occorrere in proposito; ci pare quindi più ragionevole in questa parte il progetto di revisione del Codice albertino, che non ebbe a parlare di abrogazione. Del resto questa riproduzione di principii di giurisprudenza più o meno esatta, più o meno feconda di conseguenze nei Codici, a nostro avviso fa prova di due cose; l'una, che si comincia a sentire la funesta condizione di una legislazione non sorretta dalla scienza e dai buoni studi; l'altra, che

la riproduzione di alcuni, anzichè della totalità dei principii della scienza, non può certamente supplire ai bisogni dei popoli, anzi può per se stessa condurre a tristi effetti; e noi ne traggiamo la conseguenza, che tali principii o tosto o tardi faranno tornare in voga i buoni studi e la buona e larga giurisprudenza antica nelle parti nelle quali è immortale come le nazioni.

Art. 6. « Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di « famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse ap- « partengono ».

L'articolo 6 contiene una disposizione, che è il risultato dei più chiari principii di ragione, che è comune a tutte le legislazioni; ha questo però di singolare, che mentre in generale le altre legislazioni si sono limitate a stabilire, che le leggi che regolano lo stato e la capacità della persona, la seguono in qualunque luogo si trova, con che hanno dimostrato di voler regolare la condizione del regnicolo in qualunque luogo egli si trovi senza occuparsi degli stranieri; questa al contrario, colla generalità delle sue espressioni, ha mostrato di volersi occupare anche degli stranieri, senza lasciare bene intravedervi il motivo. Però dalla sua disposizione nasce un gravissimo dubbio: il legislatore non avrà voluto certamente provvedere alla validità degli atti, che compie lo straniero nei rapporti colle leggi del suo paese, giacchè questa non è messe sua; si avrà voluto occuparsi invece della capacità dello straniero nei rapporti cogli atti, che egli compie nel regno. Ora avrà voluto con ciò imporre ai cittadini, agli ufficiali pubblici, ai magistrati, che studino le leggi della nazione, alla quale appartiene lo straniero, per conoscere se egli abbia potestà, abbia diritto di compiere un determinato atto, che può compiere un regnicolo: possa entro i limiti della legge nostra, al pari di questi, obbligare se stesso, sicchè essi debbano imputare a proprio difetto, se avendo fatto con esso un contratto permesso dalle nostre leggi, vietato dalla legge del paese dello straniero, questi anche nel regno nostro possa declinare da sè le conseguenze delle assunte obbligazioni? A dir vero la disposizione è gravida d'inaspettate conseguenze, e non si sa ben comprendere perchè il legislatore sia venuto in questa sentenza, che crea tante difficoltà; a nostro avviso, o si tratta di una protezione che la legge vuol dare al cittadino

Digitized by Google

italiano nel suo mero e privato individuale interesse, perchè non precipiti a fare contratti con uno straniero relativi a cose che esistano nel regno, e che poi possano essere dichiarati nulli; e pare a noi che questa protezione sia troppa, che le conseguenze della disposizione ne superino gl'intendimenti; e che lungi dal proteggere direttamente ed unicamente il terriere, si dia anzi indirettamente protezione allo straniero, in quanto gli si dia facoltà non solo nel regno suo, ma sì ancora nel nostro Stato di impugnare le obbligazioni, che pure abbia contratte, conforme alle nostre leggi. O sì, al contrario, si è voluto accennare soltanto a determinati atti e contratti, che indirettamente o direttamente toccano all'ordine pubblico siccome i matrimoni; e mentre si deve giustificare un legislatore, che provvede a cosa di tanto interesse; pare a noi, che, come ostacolo a che lo straniero faccia un matrimonio (che possa poi impugnare nel suo paese), la legge debba prevenire gli ufficiali incaricati di prestar l'opera loro al compimento del medesimo, a ciò non abbia luogo. Ma al di là degli effetti di questa prevenzione, se per avventura il contratto avesse avuto effetto, si dovrebbe anche nel nostro paese dichiarare nullo, solo perchè non è valido secondo la legge del paese, al quale appartiene lo straniero? La nostra legge sarebbe così fatta strumento di una frode di uno straniero a carico di un nazionale? In questo caso opiniamo che no; crediamo per lo meno, che lo straniero si dovesse ridurre al suo paese per declinare gli effetti dell'atto, che non potesse invocarlo nel regno: e ci pare quindi, che la troppa generalità delle parole della legge, in quanto esclude l'applicazione di questa troppo giusta distinzione, sia dannosa ai regnicoli, e in fatto contraria alla protezione che la legge deve ai nazionali. In questa parte la disposizione del Codice estense, art. 3, « Gli atti che da persone suddite vengono fatti in « paese estero, qualora si vogliano eseguire in questi Stati, deb- « bono regolarsi, in ciò che concerne la capacità delle persone, a « norma delle dispozioni del presente Codice », risponde a capello alla nostra idea, ed è redatta con una semplicità e chiarezza, che non si può desiderare maggiore.

Art. 7. « I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del « proprietario, salve le contrarie disposizioni della legge del paese, « nel quale si trovano.

Digitized by Google

« I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dovè sono « situati ».

Secondo la più parte delle legislazioni moderne, o la cosa si deducesse dalle tradizioni del giure statutario, o dalla troppa assoluta interpretazione del principio, che i beni immobili sono regolati dalle leggi del luogo in cui si trovano, era stabilito, che la successione dei forestieri non avesse luogo su queste, se non quando vi fosse parità di trattamento o convenzione internazionale; che anche in questo caso il diritto alla successione nel caso del concorso di più coeredi maschi e femmine, od altro, fosse regolato secondo la legge del luogo nel quale erano posti i beni: erano disposizioni barbariche, contro le quali da gran tempo reclamava il senso comune e la giurisprudenza, ed è un alto pregio dei nostri legislatori, che, elevandosi al di sopra dei pregiudizi e delle grettezze antiche, abbiano saputo ripudiarle senza prendere a regola delle loro disposizioni il fatto altrui, senza curarsi, se i regnicoli succedano o no, in altri paesi; abbiano insomma disposto in genere, che gli stranieri succedano in tutti i beni e mobili e stabili: noi però avremo amato che il legislatore si fosse limitato a togliere il divieto di successione dei forestieri, e la massima che la successione sugli stabili si verificasse a tenore della legge del luogo, non si fosse estesa a dire, che i beni mobili sono *soggetti alla legge del paese del proprietario.*

In fatti quanto ai beni mobili era più bisogno di dire, che erano soggetti alla legge della nazione alla quale appartiene il proprietario, sebbene si trovino in paese diverso! Il dettato antico che *mobilia personæ ossibus inherent* era, se non unicamente, più specialmente accolto e predicato nei rapporti alle successioni per le distinzioni che si facevano appunto nel modo col quale si verificava il diritto alla successione per gli stabili e pei mobili; ora venendo il legislatore a stabilire, che i diritti relativi alle successioni si verificavano in egual maniera si pei mobili, che per gl'immobili, codesta disposizione si rendeva oziosa, non aveva e non ha ragione di essere; d'altra parte, se tanto si largheggia riguardo alle successione sugli immobili a favore dello straniero, era poi giusto volere esenti dalle leggi dello Stato i beni mobili del forestiero nei rapporti colle massime amministrative dello Stato, e

Digitized by Google

coll'interesse dei privati, per ciò in ispecie che riguarda il loro trapasso, e la validilità delle loro contrattazioni? Evidentemente si è andati a conseguenze più larghe di quello che si credesse: il credito dello straniero contro il regnicolo non sarà soggetto a tassa, il contratto, benchè regolato in conformità alle leggi del luogo, potrà essere annullato? A noi non pare giusto; per quanto si vogliano proteggere le introduzioni dei beni mobili, del danaro straniero od altro, non v'ha ragione di disconoscere e negare alla nazione quei diritti che a lei si consentono sui beni immobili: al di là di ciò le parole non sono forse troppo effrenate? Il legislatore può disporre, a mo' di dire, che i beni mobili che sono fuori del territorio del regno e fuori del territorio del paese, al quale appartiene il proprietario, siano regolati dalle leggi del paese di questi? Non può certo, considerata la cosa assolutamente in sè; può solo, o in quanto si tratti di quistioni e di vertenze, che si discutono entro la cerchia del regno, o in quanto vi abbia di mezzo l'interesse di qualche regnicolo; ma chi non vede che, portata la possibilità dei fatti a' suoi supremi apici, questa disposizione non può avere alcun effetto.

Del resto questa disposizione riguarda l'interesse dello straniero, anzichè quello del regnicolo, dacchè al di là della parità del trattamento i regnicoli fuori del regno troveranno regolate le loro sorti dalle leggi straniere. Sotto quest'aspetto poi sappiamo farci poca ragione del concetto aggiunto alla disposizione, cioè, che la medesima non possa aver luogo quando sia disposto diversamente dalla legge del luogo in cui si trovano; se i beni non sono nel regno come se ne può occupare il nostro legislatore? Un solo caso possiamo immaginare, nella quale codesta aggiunta potesse trovar luogo, e sarebbe, che davanti ai Tribunali dello Stato si discutesse di beni mobili, spettanti a straniero, posti in regno diverso e dal suo e dal nostro, ma anche in questo caso il legislatore nostro viene a disporre delle condizioni dei beni mobili dello straniero, non secondo la legge sua, non secondo la legge dello straniero, ma secondo la legge di un'altra nazione. Ora può egli farlo? Non si viene in certo modo a mettere in rischio quell'interesse dello straniero che si voleva proteggere? Bastava quindi che egli si limitasse a stabilire, che nei rapporti colla sua legge i beni mobili sono regolati dalle leggi della nazione del proprietario.

Digitized by Google

Art. 8. « Le successioni legittime e testamentarie però, sia « quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti suc- « cessorii, e la intrinseca validità delle disposizioni sono regolate « dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, « di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si tro- « vino ».

Così diciamo riguardo a codesto articolo: sono pure, per mo' di dire, nella legge nostra stabiliti, per ragione di moralità e d'ordine pubblico, alcune esclusioni dalle eredità per titolo di indegnità (art. 225 Cod. civ.): lo straniero che si trovi nelle condizioni di fatto importanti la esclusione pel regnicolo, dovrà egualmente essere escluso? Per quanto si voglia dire che lo straniero col suo delitto non ha offeso la legge nostra, parrebbe non pertanto che egli non potesse essere a miglior condizione del regnicolo, e che la esclusione si dovesse verificare anche per lui. Questa conclusione però, dedotta a filo di logica dalla ragione del fatto e della legge, non potrebbe aver luogo se il legislatore non vi avesse esplicitamente provveduto coll'articolo 12; cotesta ultima disposizione toglie la possibilità, che sotto qualsivoglia aspetto lo straniero possa essere in condizione migliore del nazionale, le discipline, i costumi dello straniero possono indirettamente infirmare le discipline, che il legislatore ha creduto adottare a tutela della moralità pubblica e privata, e fu per ciò che si dà mano alla disposizione contenuta nel detto art. 12.

Art. 9. « Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima vo- « lontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. È « però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme « della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le « parti.

« La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di « ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazionale dei di- « sponenti. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano « regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i « contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla « loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di « una diversa volontà ».

Art. 10. « La competenza e le forme dei procedimenti sono re-
« golate dalla legge del luogo in cui segue il giudizio.

« I mezzi di prova delle obbligazioni sono determinati dalle
« leggi del luogo in cui l'atto fu fatto.

« Le sentenze pronunziate da autorità straniere nelle materie
« civili avranno esecuzione nel regno, quando siano dichiarate
« esecutive nelle forme stabilite dal Codice di procedura civile,
« salve le disposizioni delle convenzioni internazionali.

« I modi di esecuzione degli atti e delle sentenze sono regolati
« dalla legge del luogo in cui si procede all'esecuzione ».

Questi articoli contengono alcune massime generali di diritto, che nelle altre legislazioni sono in parte presupposte, in parte collocate sotto materie diverse; e su questo proposito diremo brevemente, che parrebbe a noi puro razionale il collocarle altrovo, in quanto si attengono ad un ordine di fatti, che essenzialmente sono contemplati in altre parti del giure, e stava assai bene che fossero ivi ordinate a complemento di quelle disposizioni; non ne faremo però qui speciale e minuta disamina; e perchè la cosa per sè non lo merita, e perchè, trattando noi stessi di questa materia, avremmo campo a parlarne allora, e lo potremmo fare con più larghezza di raziocinio, ponendo meglio in evidenza la nostra opinione.

Dopo di ciò, entrando nella disamina di queste disposizioni, troviamo alquanto esagerata la disposizione, che i contraenti stranieri, regolati da una legge uguale, possano redigere i loro atti colle norme fissate dalla loro legge. Finchè si tratta di scritture private, sta bene che si segua codesta massima, e la giurisprudenza più larga della stessa legge, ha già sancito in proposito, che si possa seguire nelle medesime qualunque forma e lingua piaccia meglio, ma quando si tratta di atti pubblici si può colorire codesto intendimento? A noi pare che non si possa, perchè l'ufficiale pubblico, che vi deve metter mano non può regolare l'atto con forme diverse da quelle del suo paese. Considerata la cosa sotto quest'aspetto, si riconosce tosto, che il legislatore non ha voluto venire in così strana sentenza; ed ha invece parlato nel presupposto, che anche l'ufficiale pubblico sia in facoltà di redigerlo in questa, piuttosto che in altra forma; ma ciò non toglie, che le parole della legge non siano effrenate e difettose, per questo appunto, che pongono l'uomo

nella necessità di una minuta disamina, e di porre a confronto con questi altri principii del giure che, importano apertamente una eccezione a questa regola generale.

Così pure troviamo poco ragionevole che, mentre i contratti si vogliono regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, non pertanto quante volte due contraenti stranieri appartengano alla stessa nazione, si debba presumere, che abbiano voluto regolare il contratto secondo la loro legge nazionale: a nostro avviso si crea una eccezione che non ha fondamento nè nella qualità delle persone, nè nella natura del contratto; è liberale che si dia ad essi facoltà di voler regolato il contratto secondo le loro leggi, ma non si deve andare tant'oltre in questo concetto da disconoscere tutte le difficoltà, che si creano per un presupposto, che realmente può non esser vero. Infatti la legge del luogo può essere più equa, e più giusta di quella del paese al quale appartengono i contraenti, e si deve presupporre, che essi vogliano contrattare piuttosto sotto l'impero di questa che di quella; e di qui appare come la disposizione è difettosa. Nè si può ovviare a tale difficoltà coll'ultimo inciso: che è sempre salva la dimostrazione della volontà contraria, perchè questa presuppone un qualche fatto, che faccia presupporre questa, piuttosto che quella intenzione, non un nudo ragionamento dedotto dalla diversità delle leggi relative, in quanto l'una legge sia più favorevole al contraente che la invoca, l'altra più favorevole al contraente che la ripudia; al di là di ciò poi, troviamo poco compatibile che le prove delle obbligazioni si debbano desumere dalle leggi del luogo in cui fu fatta la obbligazione coll'altro, che la obbligazione possa essere regolata dalla legge della nazione a cui appartengono i due contraenti: evidentemente i mezzi di prova devono essere propri, in armonia dalla legge che regola il contratto, e devono essenzialmente essere fissati dalla medesima. Però qui, o la parola dice più di quel che si possa credere, sia nella intenzione del legislatore, e l'errore e lo sconcio legislativo non può essere maggiore, in quanto toglie ogni armonia tra la natura del contratto, e il mezzo di provarlo; o il difetto si verifica nella dizione del secondo capoverso dell'art. 10, in quanto lungi dall'usare le nude parole *leggi del luogo, in cui l'atto fu fatto*, doveva usare la parola *leggi del luogo*, al *quale si è voluto soggetto l'atto:* delle due ipotesi, argomentando secondo la logica delle cose, e la probabile mente del

legislatore, noi crediamo dovere in fatto accettar l'ultima, ma in diritto temiamo, che non si sia posti nella necessità di interpretare la legge secondo lo stretto significato delle parole, e vedere così effettuato il grave sconcio del quale abbiamo parlato (1).

Quanto alle sentenze infine, noi ammetteremo bene di buon grado, che quando fossero rese in contradditorio di un regnicolo, possano sortir effetto nel Regno, quante volte siano rivèstite della forma esecutiva, ma non mai quando siano rese in contumacia del Regnicolo, dacchè egli non aveva obbligo di comparire davanti ai Tribunali stranieri, e la di lui non comparsa non può importare effetto giuridico a di lui carico. Faremo eccezione a questa massima solo nel caso che si trattasse di due regnicoli.

Art. 11. « Le leggi penali e di polizia e sicurezza pubblica ob« bligano tutti coloro che si trovano nel territorio del regno ».

Questa disposizione, che prima comparve nel Codice Francese, e fu poi riprodotta in tutte le altre legislazioni, è basata sopra un concetto di interesse pubblico, diremo meglio, sopra una necessità sociale, ed è in massima parte giustificata dal fatto, che le leggi di questo genere si riferiscono a dettati comuni e proprii di tutte le nazioni civili, e che l'uomo, per educazione, rispetta anche senza bisogno di leggi: in ogni paese vi sono però leggi speciali che uno straniero non sa, nè può conoscere, e il presente articolo per questo solo, preso letteralmente, si risolverebbe in una vera esorbitanza: e di qui la conseguenza, che la legge non può essere letteralmente applicata, come vedremo or ora. Questa legge ha due parti, la prima relativa agli stranieri che sono nel regno, la seconda ai regnicoli che sono fuori del regno. Quanto ai primi noi abbiamo già parlato dei limiti che si devono adottare nella interpretazione di

(1) Con minore amore a novità inconcludenti non si verrebbe certo a questi sconci: i medesimi però sono un'alta scuola, in quanto mostrano; quanto sia difficile ridurre a disposizione legislativa i principii dell'ermeneutica legale, riprodurne alcuni, tacendo degli altri; quanto sia opportuno lasciare alla scienza il suo dominio, e chiamarla solo a soccorso della legge; come sia impossibile ridurre la stessa a legge, e pretendere non pertanto che ella conservi quella larghezza, che la rende uguale anche laddove si presenta varia, che la ordina e riduce a ragionamenti speciali a seconda d'ogni specialità di casi, e la fa mirabilmente servire a tutti i bisogni umani.

codesto articolo, sul Monitore dei Tribunali, N° 40, 1863 (1). In quanto possono essere posti a giorno della loro esistenza: quando lo siano, sono anche obbligati al pari dei cittadini; non sono obbligati nel senso, che siano passibili di pena, se li trasgrediscono per una ignoranza, che può essere facilmente giustificata.

Non si deve però tacere, che la parola *obbligati*, potrebbe ingenerare qualche confusione, in quanto presa letteralmente non ammette limitazione od eccezione: a togliere in proposito ogni dubbio, a nostro avviso si dovrebbe aggiugnere: *se però tale trasgressione si possa facilmente ritenere effetto della ignoranza della legge, non ne devono rispondere colla pena.*

Quanto ai secondi la legge s'intende in questo senso, che anche le contravvenzioni commesse dai regnicoli contro un regnicolo, od uno straniero fuori di Stato, non possono essere oggetto di giudizio nel Regno, anche quando vi sia querela di parte; e a ragione, perchè provvedendo per questi fatti le leggi del luogo, non se ne deve tener conto nel Regno, per evitare il pericolo, che se ne dovesse rispondere due volte, o che l'assoluzione ottenuta, e la prescrizione incorsa nel luogo, dove accadde il fatto, fosse resa del tutto inutile, lo che avverrebbe certamente, quando si potesse di nuovo ricorrere contro i contravventori davanti ai tribunali del Regno.

Del resto per chi ama tener distinta la materia civile dalla penale, pare a noi, che codesta disposizione si dovesse meglio collocare nel codice penale, dopochè si parla di trasgressioni, e delle loro conseguenze, che nel civile; e male si comprende come sia stata compresa in quest'ultimo.

Art. 12. « Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, « in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese stra-

(1) Noi ivi dicevamo: « vi sono siffatte speciali disposizioni, che non possono essere nè prevedute, nè presupposte; nè si può sempre pretendere che gli stranieri, entrando nello stato, si facciano dare il corpo delle leggi politiche per conoscerle e rispettarle, e basta bene che siano tenuti a rispettar quelle che sono nella mente e nei costumi di tutti i popoli; e perciò si deve bensì dire che sono *obbligati* in quanto possono essere avvertiti a rispettarle; ma non in quanto sono passibili di pena per la trasgressione delle medesime, locchè non si può verificare che in determinati casi: lasciando del resto a parte, che le leggi di Polizia, attenendosi piuttosto all'ordine penale, che al civile, dovevano meglio in via di disposizione generale esser contemplate in quello, che in questo Codice ».

« niero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare
« alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni
« o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine
« pubblico ed il buon costume ». (Vedi la Nota a pag. 274).

La legislazione francese, e le altre di lei seguaci ebbero a sancire il principio, che i privati colle loro convenzioni, non potevano derogare alle leggi riguardanti l'ordine pubblico, e il buon costume; e a ragione, perchè non parlarono che delle leggi in genere, e dei loro effetti; la legge nostra essendosi al contrario occupata di atti e di convenzioni, ha dovuto sancire ancora la massima, che queste non possono derogare alle leggi d'ordine *proibitivo*, e lo ha dovuto fare per togliere ogni dubbio in proposito. Noi abbiamo già mostrato, come fosse meglio, che altro, ozioso ridurre a disposizione legislativa un concetto, che era implicito nella legge, che era un canone di giurisprudenza! Chi potrebbe credere, che il cittadino potesse derogare alle leggi del matrimonio, della tutela, e far sì che la legge non fosse più legge? Però noi non ci estenderemo a parlare oltre in proposito: aggiungeremo soltanto, che quest'ultimo dettato *ordine pubblico* e *costume* si riferiscono essenzialmente alle materie d'ordine *proibito*, dacchè la legge non può proibire, che per concetto d'ordine pubblico; ed era pure ozioso fare le aggiunte, delle quali abbiamo parlato. Troviamo poi che la espressione *leggi proibitive* è di difficile intelligenza, e che l'uso della medesima non suffraga sempre agli intendimenti del legislatore. Infatti molte sono le proibizioni del legislatore, che non fanno all'interesse pubblico, molte le ingiunzioni date con modo proibitivo; ed è manifesto, che le prime (tutto che proibizioni) perchè sono fatte nel solo loro comodo, possono essere derogate dai privati; che le seconde, tutto che ingiunzioni, possono essere considerate come proibizioni, e si può dubitar sempre, se cadano, o no, sotto la sanzione di codesto articolo: d'altra parte vi sono molte disposizioni contenute in forma imperativa, che si risolvono in una proibizione, e qui parimenti può restar dubbio, se siano comprese o no in questa disposizione: certo corre in proposito il dettato, che non si guarda alla forma, ma sì alla sostanza, per dire se una disposizione sia imperativa, anzichè proibitiva; ma in fatto ogni proibizione si risolve in una ingiunzione, ogni ingiunzione in una proi-

bizione; considerata la cosa sotto questo aspetto, la difficoltà dello interpretare ed applicare la legge (se non vi fossero per avventura le tradizioni atte a limitare nel concetto degli uomini la naturale significazione di così larghe parole), sarebbe grave al disopra di molte altre; però a mio avviso la difficoltà è somma: era meglio non usare una espressione, la quale, accennando ad una distinzione scolastica, meglio che ad un concetto assoluto di legislazione, non raggiunge tutta quella chiarezza, che si può giustamente desiderare (1).

(1) Ora in via di nota ci permettiamo fare un breve confronto tra la legge attuale del Regno e le altre legislazioni, perchè dall'esame delle disposizioni contenute in quella, escluse da queste, e dalle disposizioni aggiunte da quella, e non contenute in queste, si possa far ragione, o di un più giusto giudizio, o di un maggior pregio, o di un maggior difetto nel nostro, che negl'altri legislatori.

La legge del 1° Regno Italiano, riproduzione del Codice francese per ciò che riguarda la promulgazione e gli effetti della legge art. 1, 2, 3, 4, salve poche differenze, fu il modulo di tutte le leggi posteriori, comprese quelle del Regno italiano attuale, ha però due disposizioni abbastanza strane, e che sarebbero a dir meglio inconcepibili, quando non si considerassero nei loro rapporti colle condizioni politiche e giuridiche della Francia anteriori alla pubblicazione del Codice francese, e che sono del seguente tenore.

Art. 4. « Se un Giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità « e difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giu- « stizia ».

Art. 5. « È proibito ai giudici di pronunziare in via di disposizione generale « e di regolamento nelle cause di loro competenza ».

Appena si può immaginare di presente come un giudice possa rifiutarsi a giudicare sotto pretesto di oscurità della legge; appena si può concepire, come se anche lo facesse, avesse a ritenersi colpevole di un grave reato, quale è quello della negata giustizia: molto meno si può concepire, come si trovasse necessario disporre, che i giudici non avessero a pronunziare in via di regolamento, di fronte ai dettati generali sulla estensione ed efficacia delle sentenze nei rapporti colle persone intervenute nei giudizi; bisognava aver memoria di una legislazione ibrida, di sentenze pronunziate da collegi di giudici, che molte volte funzionavano ancora come corpi politici e quasi legislativi, come i *Parlamenti*, quali erano organati anteriormente alla rivoluzione del 1789, per adottare disposizioni di questo genere atte a prevenire le conseguenze di male abitudini invalse nelle nazioni; e solo sotto questo aspetto il legislatore francese poteva essere giustificato, (io accennai a questi gravi difetti nel *Monitore dei Tribunali* ai Ni 154, 155, 156 del 27 giugno ed al N° 4 del 5 ottobre 1863 sul progetto di revisione del Cod. Albertino). Ma che dire del legislatore Napoletano che agli art. 3 e 4 riproduce, si potrebbe dire macchinalmente, quelle disposizioni? Che dire del legislatore Modenese che altrettanto disponeva negli art. 8 e 9 del Codice pubblicato nel 1851? A riscontro di

Digitized by Google

Così noi abbiamo in breve fatte le censure, che a parer nostro si potevano instituire contro il titolo preliminare del Codice civile. Conosciamo anche noi, che le nostre osservazioni non hanno e non possono avere tutta quella apparenza d'interesse e di utilità pratica, che si dimostrano a primo abbordo nelle altre materie del giure, perchè coteste disposizioni si tengono piuttosto nei campi delle astrattezze scientifiche, che in quelle di una realtà pratica messa, ad ogni momento, nella necessità di risolvere conflitti reali e profonde difficoltà di fatto: pure per chiunque sappia, come nelle astrazioni della scienza stanno le risoluzioni di tutte le questioni pratiche, parrà chiaro che, comunque sia della intrinseca bontà, e della possibilità della pratica applicazione delle nostre osserva-

queste due legislazioni italiane non si può non lodare il legislatore Parmense che fino dal 1820, redigeva il suo nuovo Codice con l'abolizione di questi due articoli, che, e secondo lo stato tradizionale del paese, e secondo le sue nuove condizioni, non avevano più ragione di essere ».

Il Codice austriaco ha questo di strano, che parla della pubblicazione e promulgazione delle leggi senza indicare da chi sia fatta la promulgazione, nè come si attui la pubblicazione, e presuppone necessariamente delle leggi speciali all'uopo, di cui non fa cenno.

Art. 2. « Tosto che una legge è stata debitamente promulgata, nessuno può « allegarne ignoranza a sua scusa.

Art. 3. « L'efficacia della legge e le conseguenze di diritto che ne derivano in« cominciano immediatamente dopo la promulgazione di essa, a meno che la stessa « legge promulgata non fissi un termine più rimoto, da cui debba cominciare ad essere operativa ».

Contiene poi agli art. 6 e 7, da una parte alcune norme sulla interpretazione delle leggi che sono state quasi testualmente riprodotte nella legge nostra, dall'altra una dottrina abbastanza difficile ad attuarsi praticamente, di cui abbiamo già parlato in nota antecedente, vogliam dire che i casi dubbi si abbiano a risolvere secondo i dettati del giure naturale. Contiene infine alcune norme nella interpretazione delleleggi, sugli effetti di leggi speciali, e di sentenze proferite in cause speciali (art. 8 e 12) che sotto molti aspetti si possono dire oziosi, ma che forse lo sono meno di quello che lo siano altre discipline contenute in altre leggi.

Si vede da tutto questo che i legislatori, oscillanti in queste materie estesissime delle leggi, in parte hanno preso le mosse per le loro disposizioni da tradizioni, da concetti speciali, da timori, più o meno giustificati di possibili sconci ed errori; in parte si sono a vicenda imitati senza forse avere a sufficienza valutato l'importanza delle discipline che andavano ad erigere a legge; in parte hanno voluto disporre come uomini perfettamente pratici, che lasciano la interpretazione delle leggi ad altri; in parte come uomini teorici che, vagheggiando l'altezza della scienza, hanno creduto elevare alcune discipline a disposizione le-

zioni, pure nel presupposto che siano giuste, esse hanno un'importanza immensa, ed aprono al di là degli stretti limiti della parola della legge un vasto e solenne orizzonte alla meditazione umana, e preparano il regno della scienza; giacchè laddove la legge si tenga negli stretti limiti, che la ragione le assegna, la scienza sorge sulle sue orme, per interpretarla e porla in luce, per divenire insomma la vera, e suprema regolatrice degli affari umani.

Perchè poi da una parte le nostre osservazioni appaiano fatte con tutta quella giustezza della quale sono capaci, e dall'altra sia mostrato la grandezza della scienza, e la impossibilità di riassumerla nei dettati della legge, noi qui non abbiamo a far meglio, che riprodurre e chiamare ad esame i sovrani dettati del giure romano, e le dottrine del giure comune, siccome abbiamo già dichiarato di voler fare, perchè nei brevi aforismi di questo giure universale sta tale e tanta sapienza, così facile a comprendersi, così estesa nelle sue conseguenze, così atta a risolvere tutte le possibili questioni, che la mente umana in esse si riposa, vede il nesso tra essa e la

gislativa, senza badare, che quei chiari principii di ragione anteriori alla legge, come è anteriore la ragione stessa, possono sì esser in essa i motivi dei limiti della medesima, e devono ragionevolmente sempre intervenire nella di lei interpretazione, ma non possono essere ristretti entro la cerchia di un articolo di legge.

Dacchè siamo a parlare di leggi non crediamo doverci astenere dal far cenno di una disposizione, per noi altissima, del Codice del Cantone Ticino, di cui lamentiamo il difetto nelle altre leggi, cioè la indicazione del potere da cui emani la legge.

Art. 1. « *La legge è una disposizione generale sancita dai rappresentanti del* « *popolo nei limiti e nelle forme prescritte dall'atto costituzionale* » e di un altra del Codice Parmense relativa alla pubblicazione, nella quale è stabilito che si faccia nel modo che noi crediamo indispensabile a far sì, che tutti ne abbiano cognizione.

L'articolo è così concepito:

Art. 1. « La promulgazione della legge si fa in uno stesso giorno nella piazza « principale di Parma, Piacenza, Guastalla e Borgotaro, premesso il suono della « tromba, dai pubblici banditori col leggerla al popolo, coll'ivi affiggerla imme- « diatamente in istampa ».

Si può dire che, se ciò poteva aver luogo in piccolo paese, non può in un vasto Regno; e certo le difficoltà sono maggiori, non però invincibili; noi però diciamo che se è buono il sistema della inserzione nel foglio ufficiale per un vasto Regno doveva essere anche migliore per un piccolo Stato, e che perciò sotto nessun aspetto i fautori di questo sistema ne vantaggiano.

scienza, come l'una nell'altra si identifichi, e di là, o noi erriamo di gran lunga, o vie meglio si trae la prova della giustezza delle nostre osservazioni.

Non sarà poi inutile dire, che parleremo prima dei dettati del giure romano, indi dei teoremi del giure comune, non solo per la maggiore antichità, ma sì ancora per la maggior eccellenza del medesimo, dacchè in esso nulla troviamo a ripudiare: qualche cosa a ripudiare al contrario troviamo nelle dottrine del giure comune. Adempiremo quindi imparzialmente, ed il più brevemente che per noi si possa al cómpito che ci siamo proposti.

N. 2°.

Delle dottrine del giure Romano in materia di legge.

Incominciando dal giure Romano, poniamo ad epigrafe, e, diremo meglio, a capo delle generali massime di diritto la definizione della legge data dal sommo Papiniano.

Lex est comune præceptum, virorum prudentium consultum: delictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio: comunis reipublicæ sponsio, L. 1, dig. De legibus ec. (1).

Da questa definizione, emanano tutti i teoremi della giurisprudenza Romana.

1° Che il diritto non è, che la retta interpretazione della legge, l'arte del buono e dell'equo, *jus est ars æqui et boni, L. 1, d. De justitia et jure*, e la regola *cum in omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda sit* (L. 15, *dig. de reg. jur.)*.

Alla quale massima fa riscontro il grande dettato, che erroneamente si ripudia da certe scuole, *quod legibus omissum est, non ommittetur religione judicantium L.* 13, *dig. de test.*; dacchè la legge non vuole già che il giudice assuma l'ufficio di legislatore, ma sì al

(1) Sarebbe troppo lungo il fare un commento, il dare una esplicazione perfettamente estesa di questa definizione, ma si può ben dire che v'hanno sanciti i seguenti principii: 1° Che la legge è l'opera del senno più maturo ed erudito dei popoli, che si deduce dalle condizioni dei medesimi, e ad esso si adatta; 2° Che reprime i delitti; 3° Che garantisce e proteggo i diritti di tutti.

Digitized by Google

contrario, che, nella interpretazione della legge, vi dia quella estensione che non ha la parola della legge.

Questa massima poi, che sembra troppo estesa, mentre è il vero risultato dei dettati di ragione, trova la sua esplicazione nel principio, *etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen legislatoris aliud L.* 13 *par.* 2, *dig. de leg.*, con la quale, diversamente da quel che si pretende da certe scuole moderne, si fissa la massima, che la intenzione del legislatore deve prevalere fino a negare l'interpretazione della legge secondo il genuino concetto delle parole della legge stessa: e sotto questo unico aspetto va interpretata la regola, *quod voluit dixit;* in quanto con questa si presuppone, che la parola non ammetta dubbi e discussioni; con quella si ammette implicitamente, che le parole della legge diano luogo appunto a dubbi, e discussioni. A suggello poi di questi dettati viene il solenne giudizio che, *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. L.* 17 *dig. de leg.*

b) Il principio, il quale si attiene e alla scienza e all'arte insieme, che al seguito della disamina della intiera legge *Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere, L.* 24 *dig. de leg.* per timore appunto, che alla parola di un articolo si dia una prevalenza, che non può avere.

c) Il principio, il quale dopo un lungo raziocinio si congiunge alla dottrina della equità, suprema regolatrice dei diritti umani, si attiene indistintamente a tutti gli ordini di legge civile e penale; vogliam dire, che in caso di voce ambigua si deve seguire l'interpretazione, che non è viziosa, *in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quæ vitio caret, cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit, L.* 19 *dig. de leg.*

d) Il principio infine, che la interpretazione più benigna è più conforme alla legge, *Benignius leges interpretendæ sunt, quo voluntas earum conservetur L.* 18 *dig. de leg.* a cui fa seguito la legge 25 dello stesso titolo, la quale si attiene più specialmente agli istituti penali ed alle leggi costituenti un giure speciale, è sostanzialmente una eccezione ai principii generali: dalle quali cose si rivela che, se la parola può venir considerata come il primo e più facile mezzo d'interpretazione, laddove il concetto legislativo è chiaro, non può non esser vinta dallo spirito della legge, tutte le volte che suoni in un senso più o meno diverso, o contrario dal medesimo.

Digitized by Google

2° Che non si può chiedere sempre ragione di tutto; giacchè molte leggi sono fatte, e molti fatti hanno la loro origine e causa così nascosta e remota, che non si può bene comprendere: di qui il grande dettato del giure romano; *non omnium, quæ majoribus instituta sunt, ratio reddi potest, L. 20 dig. de leg.*: sono infinite le disposizioni di legge, dei cui limiti non si può dar ragione, siccome a mo' di dire in materia delle prescrizioni, e occorre mettere un freno alle troppo sottili e minute indagini sulla ragione di queste leggi, perchè si può facilmente esser tratti a disconoscere il vero, e seguire la ragione di vani e funesti sofismi.

A questo poi fa corredo il principio che non si devono mutare *le cose, che ebbero una costante interpretazione: mutanda minime sunt materiæ, quæ interpretationem certam semper habuerunt, L. 23 dig. de leg.* locchè si riferisce allo spirito della legge, e alla necessità di avere un diritto pacifico, il quale non si può ottenere mai colle nuove legislazioni, e colla mania delle mutate interpretazioni.

3° Che la legge non può essere, nella sua entità, giudicata dal magistrato, e non ne può esser ripudiata l'applicazione, perchè sia giudicata cattiva, donde il principio, *dura lex sed lex;* conchè non si vuole venire contro i dettati della equità nell'interpretazione della legge, ma si unicamente affermare il dettato, che il giudice per gli andirivieni d'una lunga complicata interpretazione dedotta specialmente da vere od apparenti contrarietà, o contraddizioni nei principii fondamentali del giure d'una nazione, non può tenersi dall'applicare la legge sotto pretesto che la medesima si abbia a ritenere per abrogata; l'abrogazione non può essere ammessa e riconosciuta se non per la verificazione dei fatti che la importano, a tenore delle più chiare discipline della legge, delle più chiare e pacifiche dottrine della giurisprudenza.

A commento poi di questo aforismo stà il dettato, *optima lex, quæ minimum reliquit arbitrio judicis*, col quale si vuole stabilire, che la legge deve determinare i mezzi di prova, la qualità delle pene, la serie delle massime da seguirsi dal magistrato, salvo sempre quella larga iuterpretazione, che la scienza consente, anzichè rimettere tutto al di lui arbitrio.

4° Che molte volte le nuove leggi vanno interpretate secondo lo spirito e l'influenza delle antiche, molte volte le antiche si devono intendere corrette e limitate secondo i principii direttori della legge

Digitized by Google

posteriore, di qui il dettato: *non est novum an priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores ad priores pertinent nisi contrariæ sint: idque multis argumentis probatur, L.* 26 e 28 *dig. de leg.*

È questa una suprema regola d'interpretazione, che assume la sua maggiore importanza, specialmente nei casi di abrogazione tacita, in quanto il concetto e la parola della legge nuova non può tanto prevalere da escludere la legge antica; si deve invece considerare come una esplicazione ed allargamento di questa, e deve essere interpretata in conformità al di lei spirito.

5° Determinato il vero carattere e la vera estensione di un principio o di una legge, si deve per analogia applicarne le conseguenze alle cose ed ai fatti di natura conformi: di qui il dettato, *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet, L.* 12, *dig. de leg.*

Il qual principio trova la sua esplicazione nella massima, che le leggi si estendono a ciò solo che è essenziale.

Vi fanno poi corredo due grandi dettati 1°, *ad ea potius debet aptari jus quæ et frequenter et facile quam quæ perraro eveniunt* il quale di lontano accenna al concetto che la consuetudine in determinati casi costituisce legge. 2° *quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, L.* 14, *dig. leg. jur. In his quæ contra rationem juris costituta sunt non possumus sequi regulam juris L.* 15 *dig. de leg.* coi quali si viene a stabilire, che le leggi speciali restrittive dei diritti umani in determinate contingenze, (e che sono *contra rationem juris* per questo appunto, che sono restrittive dall'uso di determinate facoltà), non si possono estendere da caso a caso: è poi chiaro, che questa massima ha luogo tanto nel caso, che il principio, e la disciplina, eretta a legge, emanino dal legislatore, come nel caso che emanino dalla consuetudine e dalle tradizioni.

Ultimo anello di questa grande catena di raziocini, è il teorema, che l'*error facit jus*, in quanto presuppone un'opinione costante diversa dalla legge, e stabilisce, che la buona fede, in cui i cittadini si trovano, importi che siano loro assegnate dal loro errore quelle conseguenze che potrebbero avere, se fosse vero ciò che essi solo per errore hanno creduto vero.

Digitized by Google

Dai quali principii fondamentali (della cui importanza gli uomini non si fanno capaci, che dopo lunghi e profondi studi sulle difficoltà che presenta la scienza), emanano le seguenti regole che noi esporremo, ordinate in diversi gruppi, secondo la loro maggiore analogia, in quanto l'una dia maggior risalto o sviluppo all'altra.

§ 1°

1° Che nelle cose oscure si adotta ciò che è più verisimile: *in obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet L. 114 dig. de Reg. jur.*

2° Che nelle cose oscure si segue il minimo, *semper in obscuris, quod minimum est, sequimur, L. 9, de Reg. jur:*

3° Che il diritto non nasce dalla regola, ma la regola dal diritto, *non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est regula fiat L. 1, dig. de Reg. jur.*

La prima secondo un concetto scientifico, ed in ordine scientifico, insegna il processo della interpretazione razionale, che discendendo dalle difficoltà della legge, dalle astrazioni della parola alla sottigliezza del fatto, riesce a risolvere una questione colla maggiore probabilità di cogliere nel vero, al quale risultato concorrono i due estremi della maggiore ragionevolezza, che stà nel verisimile, e nel fatto del giudizo altrui, che sta nell'uso costante.

La seconda, tenendosi nei limiti della prudenza e dell'arte logica, vuole, che, non potendosi appieno intendere la legge, si ascolti la ragione del fatto, e si abbia per esente dalla legge o proibitiva o imperativa ciò che non si trovi espressamente in essa contemplato.

La terza è compimento delle due prime, e stabilisce la massima, che la interpretazione si deve dedurre dalla legge, considerata in se stessa, anzichè dalle dottrine, che altri ha dedotte dalla medesima, onde evitare il pericolo che si seguono le idee altrui, anzichè quello del legislatore.

§ 2°.

1° Che la indulgenza del passato segna la proibizione del futuro *cum lex in præteritum quid indulget in futurum vetat, L. 22, dig. de leg.*

2° Che la consuetudine è un ottima interprete: *Si de interpretatione legis quæratur, in primis respiciendum est quo jure civitas*

retro in ejusmodi casibus usa fuisset, optima enim est legum interpres consuetudo, *L.* 32, *dig. de leg.*

3° Che se una cosa fu ammessa per errore, indi per consuetudine non si applica ai casi successivi, *quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet L.* 39, *dig. de leg.*; ed è in questo senso specialmente, che va inteso quel dettato, ora troppo a torto carezzato, ora troppo a torto vilipeso, *error facit jus*, in quanto dà bensì diritto a che sia mantenuto ciò che fu fatto, ma non dà diritto ad ottenere ciò che per errore si ritiene diritto proprio, e non è.

Colle quali si viene a dire, che se l'errore e la consuetudine possono costituire la base della posizione giuridica, e del diritto di un popolo, o di un cittadino; non pertanto e le deliberazioni del potere e le sentenze dei magistrati, che rispettano questo errore, e lo legittimano, non importano ancora, che per l'avvenire l'errore stesso abbia a sortire gli effetti che ebbe prima. Stabiliscono insomma nel regno della scienza per ragione di equità e di giustizia, che si può rispettare un errore involontario, consentire al cittadino i diritti che egli ebbe in mente di conseguire, sebbene non abbia fatto quanto era necessario all'uopo; ma non si può permettere che l'errore riconosciuto passi in esempio, costituisca egli la legge, o ne ottengaquegli effetti che la legge consente a soli determinati atti da lei indicati.

§ 3°.

La dottrina contenuta nella legge 13, *dig. de leg. quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est bona occasio est cætera quæ tendunt ed eandem utilitatem vel interpretatione, vel certa jurisdictione suppleri;* alla quale fa riscontro il dettato che non si deve distinguere, dove non distingue la legge, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, che è quanto dire: che non si devono ammettere eccezioni alle regole generali, se non quando si deducano essenzialmente dalla disposizione stessa della legge.

§ 4°.

Le dottrine sulla ignoranza del fatto e del diritto.

Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei sum-

ma negligentia objciatur: quid enim si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat? Et recte labeo definit scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam; verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit: sed juris ignorantiam non prodesse labeo ita accipiendum existimat, si jureconsulti copiam haberet vel qua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire in detrimento sit juris ignorantiam quod raro accipiendum est (1), *leg.* 9, § 2, *dig. de juris et facti ignorantia.*

Intorno a queste cardinali regole sulla natura ed estensione delle leggi si svolgono poi molti dettati di minor conto, dei quali crediamo non doverci occupare, e che possono facilmente essere esaminati, quali sono appunto quelle contenute nelle leggi.

Da questi principii poi si traggono due alte ed importanti conseguenze, che le legislazioni moderne disconoscono: che la legge può essere fatta, come per libera volontà del legislatore, così per consuetudine: *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, L.* 32, § 1°, *dig. de leg.*

Che la legge può essere abrogata, come per libera volontà del legislatore, così per dissuetudine. *Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per dissuetudinem abrogatur, L.* 32, § 1°, *dig. de legibus.*

Poichè se la legge è il comune precetto che regola la nazione, il legislatore non è che il ministro della nazione, il fatto del popolo può valere quanto il fatto del legislatore.

A mettere poi in armonia queste due conseguenze, e far sì che l'una non assuma un'imperio superiore alla ragione, viene posto in mezzo il dettato, che il *non uso non costituisce* la *dissuetudine*, e l'altro, che non si possono creare dei diritti per le cose che qualche rara volta accadono, in quanto se rare volte avvengano i fatti che danno luogo alla applicazione della legge, non si può dire perciò, che la legge sia disdetta. *Ex his, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non costituuntur, L.* 4, *dig. de leg.*

(1) Cotesto supremo dettato riduce queste note ed antiche teorie sulla ignoranza del fatto e del diritto ad una questione di fatto rimessa mai sempre alla apprezzazione dei Tribunali. È dottrina per eccellenza umana razionale, non intesa bene ancora, eppure è una delle supreme dottrine del diritto e della giustizia.

Sta poi ad ulteriore svolgimento della dottrina sulle leggi il principio che non solo la consuetudine, ma la costanza nei giudicati si debba considerare come una legge: *in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere, L. 38, d. de leg.* (1).

Di qui poi ebbero origine le regole per istabilire e la consnetudine e la desuetudine, le quali sono tante, e così difficili a verificarsi, che si può dire a ragione, che se lo ammettere queste maniere di costituire ed abrogare le leggi fu una dimostrazione dell'alto senno romano, onde non privare i popoli dei benefizi e delle conseguenze dei fatti che le condizioni sociali, la equità e la giustizia approvano, fu insomma un complemento della legge; qneste in fatto, attese le molte cautele assegnate ai giudici nell'ammetterle, non poterono, che in ben rari casi, essere anteposte alla legge, non lo furono mai, se non perchè la ragione lo reclamava: così si deve disapprovare altamente il fatto dei legislatori moderni, che li hanno voluto declinare, non per timore, che il popolo *guasta mestieri* disdica la loro opera e i benefizi che ne derivano, ma per una falsa idea di protezione per la pretesa (impossibile altronde) di ridurre, e massime sui diritti di una nazione a concetti facili e piani: certamente le teorie sulla consuetudine e dissnetudine sono sottili nella loro astrazione scientifica, sono difficili a cogliersi nel loro svolgimento pratico, più difficili a mostrarsi evidenti ed indeclinabili nella loro possibile applicabilità: ma perchè una dottrina, non utile, ma necessaria, presenta gravi difficoltà nella sua applicazione, si troverà ragionevole rimedio contro qneste difficoltà il disdirla, e privarne i popoli, instituire come benefizio la ingiustizia?

La dottrina in tutti i tempi, in tutti i luoghi è una sola: quella che era alta dottrina pei romani, non può essere errore e danno

(1) Ai tempi nostri cotesta teoria parrebbe impossibile, perchè i legislatori l'hanno disdetta, ma lo fecero a torto, e in via di fatto cotesta dottrina prevale ora come dettato di umana ragione; ed è perciò che noi ad ogni modo, nella proposta delle questioni sulla bontà o no di certe riforme e riproduzioni dell'antica dottrina, alla pagina 115 abbiamo gia accennato, come indipendentemente dalle conseguenze dei fatti, si dovesse ben ponderare, se non fosse opportuno, che si resecasse dalle leggi il dettato, che esse non si abrogano che per legge; e se non fosse meglio collocarvi il dettato, che si possano abrogare anche per dissuetudine; l'avvenire ci darà ragione.

Digitized by Google

per noi. Però ritorniamo alla scienza antica, informiamo la legge nostra alla luce de' suoi dettati, e sulla scienza costituiremo il regno della giustizia.

Del resto, a complemento di queste dottrine, e secondo il giure romano, e secondo il senso pratico della umana ragione, stanno i dettati contenuti nelle leggi 10, 13, 18, 21, 25, 27, 33, 35, 36, 38, *dig. de leg.;* 20, 56, 64, 90, 96, 114, 141, *de Reg. juris*, che noi crediamo inutile di riprodurre testualmente, perchè in sostanza non sono ora che una emanazione ed una regola dedotta dalle leggi antecedentemente esposte; ora un teorema che in esse si immedesima e si intrinseca; ora una osservazione di fatto che in esse soltanto trova il suo fondamento scientifico: non sono insomma, che un lavoro d'interpretazione, e i nostri studi sono troppo ristretti, perchè si possano di presente estendere anche a tali dettati.

Nº 3º.

Delle dottrine del diritto comune.

Ora verremo a parlare brevemente dei dettati del giure comune. Nel medesimo le dottrine relative alla legge, come si verifica in tutte le altre parti del giure, si trovano ridotte ad ordine scientifico; gli aforismi sono quasi per intero regolati alla foggia degli argomenti logici, sono in molti casi una esatta riproduzione di alcuni dei dettati delle scuole logiche: al di là di quel che valgano gli aforismi, tutto è ridotto a classazioni e distinzioni, nelle quali i dettati logici si sviluppano come il risultato di una larga sintesi, come un sistema ordinato di dottrine atte a dirigere la mente nel determinare il vero carattere delle leggi, e le conseguenze che dalle medesime emanano; noi avremo in proposito a fare poche, ma importanti osservazioni.

Incominciando dagli aforismi i medesimi si possono ridurre ai seguenti:

Ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio.

Cessante ratione legis, cessat et ejus dispositio.

Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

Digitized by Google

Inclusio unius fit esclusio alterius, o in altra forma, con altre parole: *qui dicit de uno negat de altero.*

A minori ad majus, a majore ad minus.

A contrario sensu: exceptio firma regulam in casibus non exceptis.

Regula sine exceptione in jure formari nequit; e pochi altri di minor conto che non sono che una riproduzione sotto altra forma del dettati del giure romano.

I moderni scrittori, quelli segnatamente che si attengono troppo direttamente ai dettati dei legislatori moderni, trovano queste massime esagerate, poco atte a condurre la mente ad una sfera di idee corrispondenti alla ragione delle leggi, ed alle condizioni sotto le quali si compiono i fatti giuridici dei cittadini; e bisogna dire il vero, sono dettati così estesi, anzi diremo, così sconfinati, che è ben difficile farsene un adeguato concetto. Ciò si verifica in ispecie pei due primi. Infatti quanto al primo chi potrebbe disconoscere a tutto rigore di logica la di lui giustizia, chi può dubitare che dove si verifica un uguale bisogno, uguale non debba essere il rimedio? Ma chi può egualmente ammettere, che con una legge esatta positiva, che determina i fatti e le loro conseguenze, si possa venire nella opinione, che tutto ciò che a giudizio d'uomo merita essere compreso sotto una determinata disposizione, vi sia di fatto? Chi lo dovrebbe specialmente nelle leggi penali e nelle leggi di eccezione, secondo i concetti sanciti attualmente dai legislatori? Evidentemente nella sua più ristretta sfera d'azione (in quella sfera nella quale soltanto è possibile) questo dettato si risolve in una regola di condotta per determinare, se un tal fatto, per la sua somiglianza ed identità con un'altro, si trovi compreso sotto una determinata disposizione; ma nella sua maggiore larghezza si estende fino a fare stabilire il concetto della facoltà di affermare in fatto il concetto della potenza della consuetudine, di elevare a legge le risultanze della consuetudine, di ridare a questa l'imperio che aveva ai tempi del giure romano; e non si può dubitare, che sì nell'uno che nell'altro aspetto, non sia difficile ridurre questo aforismo al concreto; delinearne i contorni, assegnarne i limiti, crearne in poche parole una regola di condotta che possa validamente essere applicata nella specialità dei fatti. Però, non ostante tali difficoltà, noi crediamo che questo dettato si possa accettare indubbiamente per qnella più larga interpretazione, che in fatto

si può verificare da caso a caso: che se anche si creda, che non si possa di presente estendere fino a stabilire il principio della *consuetudine* in quanto si ritenga, che le leggi implicitamente almeno la disconoscano, si possa e debba sempre accettare, come una norma direttiva per giugnere a quel diritto largo e solenne, nel quale appunto anche la consuetudine diventa, a seconda dei casi, una legge viva e potente; mal potendosi concepire come pei mutamenti sociali, ed entro la sfera delle leggi, e al di là della medesima, non possano dalla coscienza pubblica essere adottate massime e consuetudini, che nell'interesse comune debbano essere come le leggi rispettate.

Quanto al secondo, *cessante legis ratione, cessat et ejus dispositio*, le osservazioni sono anche più evidenti: a primo abbordo, ciascuno vede che la parte più alta di questa dottrina sta nel constatare la desuetudine come mezzo di abrogazione della legge; nel campo più ristretto il suo ufficio sta nell'assegnare i limiti entro la sfera dei quali, e non altrimenti, può operare la legge. Noi accettiamo in ordine legislativo la massima della cessazione della legge, laddove più di legge non sia bisogno, e accettiamo in tutta la sua estensione codesto dettato, indispensabile a tutela dei privati, per tutti i casi nei quali, incuria o dimenticanza dei legislatori li ritenga dall'abolire la legge, che è fatta inutile o dannosa. Accettiamo ancora, che in casi speciali la cessazione del bisogno possa giustificare un giudice che non applichi la legge: così a mo' di dire, cessata la ragione dello stato d'assedio, senza che in fatto questo sia stato levato, si potrà punire come colpevole chi infranga determinati divieti che non hanno più ragione di essere? Manifestamente la ragione ci dice, che in questi e consimili casi sarebbe giusta e doverosa nel magistrato, in base a questo dettato, l'assoluzione del preteso colpevole; ma colle leggi attuali si potrebbe? A primo abbordo, per interpretazione istantanea di legge parrebbe che no. Si potrebbe dire che per tale massima il giudice verrebbe *motu proprio* ad abrogare la legge, a fare le veci del legislatore, e questi glielo vieta tassativamente: noi però, per quanto effrenate siano le disposizioni della legge in soggetta materia, non vogliamo discredere, che anche secondo le nostre leggi, in determinati casi speciali, argomentando dalla qualità della legge difforme dalla civiltà dei tempi, appoggiata a condizione di fatto, che più non si ve-

Digitized by Google

rificano, si dovesse ritenere abrogata, per lo spirito che informa le nuove leggi e i nuovi costumi. Ma ad ogni modo non si può mettere in dubbio l'importanza di una suprema dottrina giuridica perchè si verifichi qualche raro caso, nel quale non si ritenesse applicabile. Però questi grandi assiomi delle scuole antiche, che di presente per la novità della legge sono forse inattuabili, sono il nucleo, intorno al quale si deve aggirare il nuovo diritto europeo, e devono servir di base alla dottrina, che la legge si deve intendere cessata laddove non è più necessaria. Infatti poi, a mo' d'esempio, nelle leggi penali questo principio non può essere disconosciuto, senza che sia ad un tempo disconosciuta la giustizia. Il giudice per servire ad una legge, che sarebbe revocata dal legislatore se fosse messo a giorno de' suoi tristi effetti, non può divenire ingiusto, e deve dichiarare che la legge non è più attendibile. Noi temiamo che alcuno ci accusi di troppa effrenatezza nel portare in campo cosifatte dottrine, ma se egli ragiona, impigliato nelle pastoie delle leggi presenti, e non sa divincolarsene, dovremo noi prestrarci alla censura, dovremo ripudiare i dettati di un'alta sapienza, solo perchè egli non è informato alla medesima? Egli ha certamente a suo favore l'autorità dei legislatori e degli scrittori moderni, ma noi vantiamo a nostro presidio il suffragio di tutti gli scrittori antichi, e crediamo che basti a difesa del fatto nostro (1).

(1) Alcuni fra i moderni accettando questo principio *cessante ratione legis cessat et ejus dispositio*, lo spiegano nel senso che la legge non possa applicarsi che alle persone ed ai fatti in essa contemplati, in modo che le persone, che per qualunque motivo si trovino in condizioni diverse dalle contemplate, non si abbiano mai ad intendere soggette alle sanzioni relative: in questo senso dicono essi deve cessare la disposizione della legge, perchè al di là delle determinate persone e condizioni manca la ragione per cui fu creata. Fra gli antichi alcuni spiegano questo principio nel modo nel quale lo intendiamo noi; altri nel modo col quale lo spiegano cotesti moderni; altri infine tanto sotto l'uno che sotto l'altro aspetto: e vaglia il vero, se mai si abbia a dare una spiegazione che non possa lasciare dubbio di sorta, ci sembra questa; avvegnachè essendo generali le parole di questo dettato si possano spiegare così nell'uno, che nell'altro modo, e non occorre che un preconcetto per limitarne il significato ad una sola delle ipotesi in discorso: noi stessi siamo stati mossi per un preconcetto a darvi più specialmente il significato, che con esso si accenni a deroga tacita di una legge, in quanto paresse, e fosse irragionevole applicarla, dacchè ne fossero cessati i motivi; e perchè la parola cessazione ci sembra meglio accennare a ragione di tempo, importante mutamento nelle con-

Che se da questi due aforismi, che pure possono sembrare troppo elastici, e difficili a comprendersi, ed applicarsi, volgiamo l'occhio della mente agli altri, ne sarà facile lo scorgere, che sotto diverse viste in fatto non sono, come abbiamo già detto, che riproduzioni di dettati del giure romano, e corrono per essi le ragioni e dottrine, che per quelli.

Infatti quanto al terzo, sebbene si possa dire, che la regola sta per sè, e non ha bisogno della eccezione per essere dimostrato, pure è manifesto, in via di legittima interpretazione, che se si viene creando un giure speciale, non lo si fa, e non lo si può fare, se non ammettendo l'esistenza del giure generale.

Però questo principio, così evidente in se stesso, si può considerar meglio come un risultato di indeclinabili osservazioni accurata-

dizioni delle cose e delle persone, anzichè a razionalità importante nel tempo stesso, in cui è creata, esclusione di determinate persone da certi determinati limiti o divieti; e perchè ad ogni modo è sembrato a noi, che tutti coloro, che la spiegano in questo secondo senso, in fatto poi ricorrano per dimostrare la ragionevolezza ed applicazione all'esempio delle leggi speciali, come sono quelle relative ai minori, alle donne, agli interdetti, mentre al contrario essendo il dettato generale si deve estendere alle leggi generali, e non si può estendere, che nel senso da noi indicato: non diciamo perciò che sia un errore lo applicarla anche nell'altro senso, ma che lo sia veramente il limitarlo alle sole ipotesi di fatto in esso contenuto; che sia più ragionevole, che sia anzi indispensabile interpretarla ed applicarla ancora secondo il concetto nostro.

Per noi questo principio si addentra: è il risultato della cessazione delle leggi per disuetudine. Fra i moderni alcuni siccome il Duranton e il Toullier vengono nel concetto, che la legge si abroghi per effetto di dissuetudine, indipendentemente dal fatto di nuove leggi, che la abroghino in modo espresso o tacito; altri come il Demolombe ritengono al contrario, che non si possa che per effetto di legge; noi qui non combattiamo questa dottrina già da noi esclusa, e crediamo però opportuno fare una osservazione di molta importanza: se prendiamo a disamina molte legislazioni o statuti dell'antichità, o se vogliamo ancora nel secolo passato, troviamo in esse molte leggi speciali, che non sono per certo state abrogate, nè implicitamente, nè esplicitamente dalle nuove leggi: sulla base del principio, che le leggi generali posteriori non derogano alle leggi speciali anteriori non potremo facilmente sostenere, che molte di quelle leggi speciali non si possano dire abrogate tampoco tacitamente, non potendosi ritenere, che a questo effetto suffraghino le parole dell'editto di pubblicazione delle nuove leggi civili, che alle sole antiche leggi civili generali, e speciali si riferiscono; ma vi sarebbe alcuno non pertanto, il quale potesse in buona fede sostenere sopra questo bel fondamento che quelle leggi si po-

mente formulate, come una splendida dimostrazione del modo col quale procede lo spirito umano, che come un'alta sintesi gravida d'insegnamenti e di conseguenze: se non fosse stato formulato così, lo si sarebbe dovuto formulare a complemento della scienza, ma contiene osservazioni, che sono nella mente di tutti.

Quanto al quarto si può qualche volta dubitare, se accennando ad un caso si sia voluto escluder l'altro; molte volte al contrario si parla, per errore, di un solo, mentre in fatto si voleva estendere la disposizione a qualche altro; ma è manifesto, che egli non viene contro tale possibilità, e le conseguenze che ne derivano; intende invece a stabilire, che laddove non si avveri, nè si possa presupporre errore, si verifichi anzi manifesta e chiara la volontà del legislatore, se ne debba trarre la conseguenza, che quando si afferma di una cosa, si nega dell'altra: è la riproduzione del detto romano, *quod voluit dixit.*

Quanto ai due ultimi infine, si può fare la stessa osservazione:

tessero applicare? mai no: perchè vi ripugna la coscienza dei popoli, perchè le leggi sono e devono essere appropriate a tempi ed ai costumi: ora non si può dir altrettanto pei tempi nostri riguardo a quelle leggi, e quindi la ragione dei costumi, che è la ragione delle leggi e della dissuetudine, insomma, che è il risultato dei mutamenti speciali, ci mostra chiaro che quelle leggi sono abrogate. Nessuno può contraddire nè questo fatto, nè questa dottrina; e non è senza meraviglia che noi vedemmo non è molto anounziato nel foglio *Il Diritto* dei 20 febbraio 1870, N° 51, col titolo *Violazione della Domenica*, che un giudice inglese sulla base di una legge che vietava il lavoro in giorno festivo, aveva condannato un pizzicagnolo, perchè in detto giorno aveva tenuto per non so quante ore aperta la sua bottega; diciamo non senza meraviglia, non tanto riguardo al magistrato inglese, dacchè non è errore che un individuo non possa commettere, quanto pei commenti, che vi furono fatti, dacchè i giornalisti trovando difforme dai costumi, condannata dai tempi moderni la legge, trovarono giusto il fatto del magistrato; ma se essi avessero avuto ricorso a coteste dottrine secolari, che devono informare chi giudica e chi parla dei giudizi altrui, avrebbero ben veduto, che quel giudizio del magistrato inglese era l'effetto della sua ignoranza, e che errava nell'aver applicato una legge, che la nuova civiltà aveva disdetto.

Riassumendo il concetto nostro; chi crede che la dissuetudine non importi abrogazione della legge si chiude entro l'ambito delle leggi nuove, entro l'ambito del presente, non esamina le leggi vecchie nei rapporti coi nostri tempi, non indaga il possibile nei rapporti coi tempi avvenire, procede con una sapienza troppo facile, perchè possa essere da tutti approvata.

Digitized by Google

il legislatore può avere poco esattamente dichiarato la sua volontà, e non si potrà forse in tutti i casi applicare; ma laddove la legge sia chiara ed esatta non si può non applicarla: la negazione di applicarla varrebbe quanto la negazione della legge (1).

Che se dopo ciò passiamo alle classazioni delle leggi, quali sono tolte dalle parole del diritto comune, noi troviamo che le medesime in generale sono buona ed utile palestra per le menti giovanili, ma non sono, che ben rare volte, di una vera utilità pratica, o necessaria, comunque, alla pratica applicazione della legge.

Quanto alle leggi, considerate in sè, la loro grande classazione è quella che li divide in imperative, proibitive, permissive, penali (2).

Noi a dir vero troviamo in ogni legge delle disposizioni che hanno appunto il carattere di *ordinare, proibire, permettere* o *punire*, e non possiamo negare che codesta classazione non corrisponda all'indole delle diverse disposizioni di ogni legge, ma non riconosciamo alcuna utilità dalla medesima, se non sia per ciò che riguarda la distinzione tra le imperative e le proibitive; e perchè la legge parla appunto di queste; e perchè l'intera giurisprudenza ritenne che la proibizione del legislatore importasse effetti ben diversi da quello che le semplici ingiunzioni; e perchè infatto il legislatore nostro agli art. 4 e 12 volle ridurre cotesto concetto della scienza a disposizione legislativa. Del resto è facile vedere per quello che abbiamo già detto:

1° Che la difficoltà non sta già nel determinare le conseguenze

(1) Intorno a questi sei dettati, come a cardini principali del giure comune, se ne aggirano molti altri, che ne sono conseguenza; più, o meno vivamente rientrano, si inestano e riproducono, corredano, allargano, restringono il loro significato, e noi fedeli al nostro concetto avremmo amato riprodurne alcuno, ma la brevità del tempo, e la pienezza del presente lavoro ne lo impedisce.

(2) Alcune scuole trovarono erronea la classificazione delle leggi in *permissive*, in quanto s'intende permesso tutto ciò, che non è vietato; ma forse la censura non è giusta; al di là di quel che sia dello libertà consentite ai cittadini, non ostante le proibizioni fatte, si veggono concesse in via di eccezione alcune facoltà, che altrimenti non si avrebbero, ed è sotto questo aspetto giustificata la classazione delle leggi permissive: e vieppiù è giustificata poi nei rapporti colle facoltà speciali consentite a determinati individui, che per le condizioni delle loro facoltà mentali, della loro prodigalità, dello stato di pena in cui versano, sono privati dalla generalità dei diritti consentiti agli altri.

Digitized by Google

della diversa indole delle leggi, ma nel determinare quando siano di un'ordine, piuttosto che dell'altro; imperocchè noi nel corpo delle leggi abbiamo disposizioni d'ordine affermativo esposte in forma negativa, e disposizioni d'ordine negativo esposte con formola e parola affermativa;

2° Che anche quando appartengono all'uno o all'altro ordine, non è lecito attribuire a tutte gli effetti che si vogliono loro, nel concetto generale, attribuire per la classe alla quale appartengono; ma si deve invece guardarle secondo che la disposizione appartenga all'ordine pubblico o privato; secondo che sia fondamentale od accessorio, o diremo meglio, di semplice disciplina; essendo troppo chiaro che non basta, che in una data legge vi sia alcuna disposizione, o di ordine, o di forma proibitiva, perchè si debbano inesorabilmente applicare le dottrine, che la scienza ha formulato in ordine alle medesime. Si è detto a modo di esempio, che gli atti compiuti contro le leggi d'ordine proibitivo importano la nullità degli atti; ma, a nostro avviso, le proibizioni delle leggi non possono importare le dette conseguenze, se non in quanto si attengono all'ordine pubblico, giacchè al di là di questo concetto tutto deve essere rimesso al senno dei privati, tutto deve essere inteso ed esplicato, siccome fatto con piena intelligenza dei contraenti, con abrogazione di quelle massime e discipline che paiono sancire il concetto della nullità di fatti compiuti in onta alla proibizione delle leggi; e crediamo soltanto che a questo modo si farà una esatta valutazione della legge, e spariranno le grandi difficoltà che da queste teorie emanano, appunto per ciò, che sono di sovente applicate senza quella giusta discrezione che importa la ragione intima della legge.

Al di là di queste abbiamo la classazione delle leggi in reali e personali, classazione dedotta dalle disposizioni stesse della legge, gravida di effetti e di conseguenze (delle quali non è qui luogo a parlare), e perciò indispensabile per tutti quei giudizi, che praticamente si possono sulla legge stessa istituire; a nostro avviso questa è la sola classazione che può ammettere una chiara ed esatta giurisprudenza.

Avendo poi parlato della nullità, che diremo della classazione delle medesime?

Si dividono in nullità d'ordine pubblico e privato, assoluta e relativa, testuale e virtuale.

Sta la prima distinzione ed ha tutta l'importanza della quale abbiamo parlato; può stare anche la seconda, benchè sia desunta dal concetto stesso dell'ordine pubblico e privato, in quanto assegna, che in determinati casi alcuni individui possono opporre la nullità dell'atto; senza questa opposizione, e la conforme dichiarazione dei magistrati nei rapporti cogli altri, l'atto si deve considerare valido e regolare; non sta poi la terza, perchè non è che una conseguenza delle massime di legge, e serve solo come mezzo agli studi, in quanto addita, che le nullità si possono dedurre così dalle parole, come dall'intendimento del legislatore; ed insegna che non si deve stare alle sole apparenze, per conchiudere se la disposizione legislativa sia o no d'ordine pubblico.

Non parliamo poi delle classazioni delle nullità in sostanziale ed accidentale, che si manifesta da sè monca ed imperfetta, poichè è inutile parlare di nullità per accidenti, che non hanno alcuna conseguenza giuridica.

Che se, ciò fatto, prendiamo a parlare delle classazioni sulle interpretazioni della legge, le medesime accennano meglio a fatti, che a dottrine, e non hanno alcuna importanza pratica. (Vedi la Nota a pag. 275).

Infatti che è mai la prima classazione, in semplice e legalizzata? La interpretazione del legislatore è in fatto una nuova legge, non è l'opera dell'ingegno umano, la medesima non può stare.

Che è la seconda in logica e grammaticale? In ogni quistione logica entra la grammatica, in ogni quistione grammaticale entra la logica; può quindi aver luogo per gli studi scolastici anche in legislazione, ma non può entrare nel campo del giure e della giurisprudenza.

Che è la terza in estensiva e restrittiva? Chi può estendere la disposizione della legge al di là di quel che vogliono e lo spirito e la parola? Chi la può restringere al di là di quel che e questa e quella impongono? In fatto quindi questa distinzione non ha nè valore, nè importanza: può servire unicamente nelle scuole, in quanto dirige la mente degli studiosi, li chiama ad esame speciale sopra ogni parte di legge, fa che intendano il vero concetto legislativo, e ne misurino la estensione con quella discrezione, che la ragione della legge insegna.

Che dire infine della classazione in dottrinale e giudiziaria che

è già abbandonata, come vieta ed irragionevole? Si possono bensì trovare infatto dei tribunali che interpretano la legge in senso diverso da quello attribuito da qualche dottore, ma ciò non toglie che la scienza non sia una ed eguale sì pei tribunali che pei dottori.

Sarebbe ancora a parlarsi della classazione sulle formalità degli atti, divise secondo le vecchie scuole in *abilitanti*, *intrinseche*, *estrinseche* e di *esecuzione*, ma la materia non lo permette: diremo bensì, che il concetto di formalità abilitanti è monco e difettoso, perchè si riferisce alla materia del diritto personale, e non si può collocare tra la serie delle formalità: che parimenti le formalità sono piuttosto *estrinseche* che *intrinseche:* appena si può ammettere tale distinzione per ciò che riguarda la retta intelligenza dei requisiti essenziali ai diversi atti al di là di quello che si attenga alla loro nuda forma; che la esecuzione si riferisce ad atti, e fatti posteriori alla redazione degli atti, e mancano tutti gli estremi, perchè stia questa classazione, sebbene non si possa negare che stiano queste distinzioni; per certo a termine di ragione queste distinzioni omai antiche meritavano una riforma, vi diedero moto le nuove leggi, e senza queste le scuole di giurisprudenza, tutte raccolte nei loro costumi, erano forse incapaci di uscire da queste pastoie.

Così noi abbiamo in breve percorso tutto il campo della dottrina antica, e crediamo aver mostrato ad evidenza due cose: l'una, che le legislazioni moderne, per quanto estese ed accurate, nè la possono in sè comprendere, nè la possono superare, o dar luogo a dettati, che la vincono di utilità e di sapienza; l'altra, che i dottori moderni nelle loro opere in quanto troppo superficialmente si tengono alle disposizioni delle leggi attuali, cospirano a far sì, che la legge non si ponga in relazione, e non s'informi alla larghezza dei dettati della scienza; la scienza stessa, dimentica del suo passato, sorga monca e difettosa, dia luogo ad errori ed inesattezze, più si scosta dalla equità, che deve diventare la legge viva dei popoli, la interprete vera dei fatti, la ministra dei loro diritti; e se non si provvede a tempo all'errore ed alla corruzione, si giungerà a tale estremo, che la parola la vincerà sullo spirito, e solo dopo un lungo seguito di danni, fatti accorti dei propri errori, si adopreranno le forze delle nazioni per tornare alla sapienza, oggi dimenticata, e a rifare l'opera dei secoli.

Digitized by Google

N° 4°.

Di un progetto di leggi, e del modulo di un titolo preliminare di leggi plasmato secondo l'intendimento da noi esposto.

In questo titolo si ha il complemento di questi nostri studi, e il riassunto delle dottrine principali che siamo venuti svolgendo fino al presente.

In questo lavoro riproduciamo alcuni testi di legge già aboliti, ed alcuni delle vigenti leggi, facendovi però talvolta, a seconda dei casi, aggiunte o modificazioni, che ci paiono indispensabili, perchè siano in corrispondenza colle nostre dottrine; altre discipline aggiungiamo di nostra creazione, perchè ci paiono in parte necessarie a ben determinare e definire la natura e gli offici della legge, in parte necessari alla costituzione della legge universale già da noi accennata.

Gli articoli di questa seconda specie saranno necessariamente per se stessi in parte, se non una riproduzione, per lo meno una più o meno esplicita deduzione di alcune disposizioni adottate dalle leggi attuali nella costituzione dei diversi giuri speciali: in parte una creazione nostra a sviluppo dei nessi, che esistono tra i diversi giuri speciali, e delle conseguenze che se ne debbono trarre.

Vedremo in fine di dare in brevi note, non diremo la ragione, ma la esplicazione dei motivi, in forza dei quali, adottando determinate disposizioni, siamo venuti nell'intendimento di ripudiarne altre, che pure si rinvengono in molti Codici; perchè, se a molti possono sembrare, o indispensabili, o per lo meno opportune, appaia che non le abbiamo dimenticate; le abbiamo invece ommesse per appositi motivi, che possono essere ritenuti falsi, ma se per avventura giusti, valgono per eccellenza a giustificare il fatto nostro.

Art. 1. « La legge emana dal potere legislativo nelle forme « stabilite dallo Statuto (1), è sancita dal potere esecutivo, e pro- « mulgata dal Capo dello Stato ».

(1) Usiamo soltanto la parola *statuto* senza l'aggiunta di *costituzionale*; in primo luogo, perchè questa parola nel suo più largo concetto si può applicare indistintamente a tutte le aggregazioni sociali secondo la diversa forma, colla quale

Art. 2. « La promulgazione si fa con atto che contiene:
« Il nome del Capo dello Stato.
« L'approvazione dei Corpi legislativi.
« La sanzione del Capo dello Stato ai voti dei detti Corpi.
« Il testo della legge.
« L'ordine che la legge sia osservata e fatta osservare (1) ».

Art. 3. « La legge porta la firma del Capo dello Stato è con- « trosegnata dal Ministro proponente e munita del visto del Guar- « dasigilli che vi appone il sigillo dello Stato (2), gli atti del Po- « tere esecutivo emanati in forma di legge senza il concorso di « codesti estremi non costituiscono legge, e il Potere giudiziario « non può costringere i cittadini ad osservarla ».

Art. 4. « La legge diventa obbligatoria il terzo giorno a datare « da quello della sua pubblicazione ».

sooo costituite e governate, e si applica qoindi ancbe allo Statuto costituzionale del oostro regno: in secondo luogo perchè, l'aggionta della parola *costituzionale*, in caso di modificazione alla costituzione, di uaurpazioni, se si voglia aoche, di poteri, potrebbe far dubitare, se le disposizioni adottate in tali condizioni, si potessero avere in conto di leggi in senso vero e proprio, mentre per ciò che rigoarda le condizioni dei privati, e gli effetti degli atti eseguiti sotto il loro impero, dovrebbero pure valere come tali, ed era quindi necessario evitare di riprodurre l'uso di uoa parola, che poteva dar luogo ad un dubbio di tanta gravezza.

Del resto era indispensabile indicare da qual poterè emana la legge, per quali mezzi diventa obbligatoria, per conoscere se un qualsisai determioato atto del potere legislativo, od esecutivo ne abbiaoo la vera qualità e natura.

(1) Non poniamo come essenziale alla legge — l'ordioe, che l'atto sia munito del sigillo dello Stato, ed inserito nella collezioee degli atti del Governo — perchè si tratta di pura accidentalità, noo indispensabile alla legge, di operazioni piottosto di esecuzione, e di dimostrazione, cbe di esseoza della legge, e non necessaria alla validità della medesima : — le disposizioni di questo genere si devooo contenere nelle leggi amministrative dello Stato; tutto al più potrebbero essere inneatate nello Statuto; quindi non può essere necessario, cbe il capo dello Stato rinnovi in ogni legge siffatto concetto.

(2) Queste formalità non sono di essenza della legge ; servono a provare l'esistenza della medesima, e ad escludere il dubbio, che la legge sia apocrifa: una legge priva di questi requisiti oon può essere considerata come tale; è però manifesto, che si può provvedere ai difetti che per avveotura si verificassero in proposito, anche dopo che la legge è pubblicata, ed attivata con apposito Decreto Regio avente forma e qualità di legge.

Digitized by Google

Art. 5. « La pubblicazione si opera mediante l'affissione di « esemplari a stampa alle porte dei Comuni e nei luoghi soliti.

« L'affissione è eseguita ad opera delle autorità comunali, le « quali ne redigono processo verbale e lo trasmettono in copia al « Ministro Guardasigilli (1) che lo conserva in un coll'originale « della legge fra gli atti dello Stato ».

Art. 6. « Regolamenti per la esecuzione della legge emanati « per mandato dei corpi legislativi del capo del potere esecutivo « devono essere pubblicati nel modo sovra esposto (2) ».

Art. 7. « La legge tutela i diritti di vita di libertà, di onore e « di proprietà di tutti i cittadini; tutelando questi diritti per tutti,

(1) Troviamo insufficiente, per non dire derisorio, il concetto, che la pubblicazione abbia luogo mediante la inserzione nel foglio ufficiale, essendo infiniti gli uomini, che non lo possono avere, e non saprebbero approfittarne: troviamo inutile la disposizione, che gli originali delle leggi siano conservati a cura del Ministro e consegnati agl'Archivi del regno, perchè ciò è presupposto, è un fatto posteriore alla pubblicazione; nel caso che questa consegna non fosse fatta, non si potrà dire perciò, che la legge non fosse pubblicata, e non esistesse dopo che fu già pubblicata; troviamo ingiusto certamente che la legge abbia effetto in un luogo, prima che in un altro, come a primo abbordo ci pare dovesse avvenire col sistema da noi proposto, poichè non sarebbe serbata la parità tra i cittadini; ma non troviamo tampoco ragionevole, che la legge non abbia effetto che quindici o venti giorni dopo la pubblicazione, poichè si può facilmente frodarla; il nostro sistema è quello del minor male, e basta; pare poi a noi, che al difetto del nostro sistema si potesse facilmente sopperire disponendo che gli esemplari della legge fossero affissi nello stesso giorno in tutti i Comuni.

(2) Troviamo ragionevole stabilire che i regolamenti, anche emanati dal Capo dello Stato, debbano essere votati dai Corpi legislativi, per evitare che un regolamento, fatto solo da quello, abbia forza di legge: del resto sarebbe assai più opportuno, che anche i regolamenti fossero opera dei Corpi legislativi, per evitare che il Capo dello Stato in parte cambiasse la legge, creando nei regolamenti discipline tali che la infirmassero. Sarà sempre diritto a far questione, se una disposizione di regolamento debba avere efficacia legale, quando in fatto riesca derogatoria della legge. E par bene che si possa e debba fare, e che il tribunale debba dichiarare la inefficacia del regolamento; ma quanta difficoltà in proposito, quanta avversione, forse, nei tribunali a giudicare di questa conformità; di qui la ragione del nostro concetto; di qui il suggerimento, che anche i regolamenti, se non redatti, fossero per lo meno riveduti, ed approvati dalle Camere legislative.

Digitized by Google

« impone ai singoli cittadini l'obbligo di rispettare i diritti degli « altri (1).

« Ogni infrazione di legge importa nuovi obblighi alla persona « che li infrange, e nei rapporti colla intera aggregazione sociale, « e nei rapporti coi singoli cittadini, i cui diritti sono offesi ».

Art. 8. « La legge non dispone che per l'avvenire, non ha ef- « fetto retroattivo, che quando così disponga e dichiari tassativa- « mente per ragione di pubblico interesse (2), e salvo ciò che si « riferisce agli effetti delle leggi penali (3) ».

Art. 9. « Le leggi di pubblica sicurezza obbligano tutti quelli « che sono nel territorio dello Stato, quando però o per la spe-

(1) Le disposizioni emanate in forma e qualità di legge, difformi da questo concetto in senso vero e proprio, non costituiscono legge; così a ragione fu stabilita da tutte le scuole antiche o moderne: e da questa dottrina si dedussero le conseguenze, che i popoli potevano rifiutarsi alla ubbidienza di leggi tiranniche, potevano disfare un Governo che fosse la negazione dei loro diritti: del resto, portata la questione sul terreno delle semplici leggi civili, si vede chiaro, che a questo modo si sale piuttosto nelle regioni di una idea astratta di quello che si tenga ragionevolmente nella sfera di una possibile idea concreta: finchè sta il Potere Costituito, le di lui disposizioni obbligatorie, tutto che cattive e insufficienti, non cessano di essere legge; e i fatti compiuti sotto il loro predominio devono essere rispettati anche dopo che quelle leggi sono cessate: in un solo caso si potrebbero, cessata la legge, togliere gli effetti degli atti compiuti sotto la medesima; ed è quando la legge fosse stata fatta, solo per legittimare gli atti iniqui, iniquo fosse il proposito di chi li consumava: ai tempi nostri però queste cose sono omai impossibili.

(2) Si è levato a disposizione legislativa un concetto di ragione che, ben considerato in se stesso, si comprendeva come indispensabile deduzione nel concetto stesso della legge. Il legislatore Francese fu tratto a così disporre per le molte novità portate dalle nuove leggi nelle condizioni sociali, e per gli effetti retroattivi dati infatto a queste leggi; e lo potè fare a ragione: forse non si può dire altrettanto della legge nostra; noi però crediamo di farlo, non per sancire questo principio, che sta per sè, ma per sancire la eccezione, per togliere di mezzo lo sconcio, che la legge creasse un principio, la giurisprudenza per conto suo mostrasse la esistenza di una eccezione dimenticata dalla legge: abbiamo voluto, che la legge riesca quale deve essere.

(3) Aggiungiamo per ultimo gli effetti delle leggi penali; poichè a nostro avviso le leggi più miti dovrebbero tosto essere applicate a favore dei condannati anteriormente: è teoria che può lasciar dei dubbi, che deve essere sviluppata colla dovuta ampiezza, ma che è profondamente vera, profondamente giusta.

« cialità della legge, o per la specialità della persona, la infrazione « avvenga per ignoranza della di lei esistenza, i Tribunali, secondo « le circostanze del fatto, possono assolvere il trasgressore (1) ».

Art. 10. « Le disposizioni e convenzioni dei privati non possono « derogare alle leggi dirette alla tutela dell'ordine pubblico e del « buon costume (2) ».

Art. 11. « I beni immobili ed i beni mobili finchè si trovano « nel Regno sono soggetti tanto per contratto che per le succes- « sioni alle leggi dello Stato (3) ».

(1) La giurisprudenza vide le troppe acerbità dolla legge, la possibilità della ignoranza della legge, la ingiustizia nella letterale di lei applicazione, e stabilì il principio, che noi, come eccezione, crediemo opportuno elevare a disposizione legislativa; però è manifesto, che quando si volesse plasmare anche la legge senza la eccezione da noi indicata, sarebbe necessario interpretarla nel senso che obbliga, quando si conosce, e nel senso, che si può *costringere chiunque ad osservarla*, non nel senso, che ei abbia a punire chi infrange un diritto che non conosce, e che non si può sempre regionevolmente prevedere.

(2) È un principio di ragione, che è implicito nel concetto stesso della legge: ma se è facile concepirlo nella sua astrazione, è assai difficile determinare in pratica i veri limiti del concetto legislativo, e stabilire quale si abbia a guardare, siccome fatto a tutela dell'ordine pubblico e del buon costume, anzichè solo a comodo dei privati: i veri limiti in cui, a seconda dei casi, e della civiltà dei popoli una disposizione, guardata assolutamente in se stessa, appartenga piuttosto ed uno che ad altro ordine: per quel che pare a me, ai tempi nostri si dà carattere di legge d'ordine pubblico a molte disposizioni che non sono tali, e sarebbe opportuno sopra tutto un libro, col quale si cercasse portar luce in così intricata materia, chiamando a disamina le molte disposizioni sulle quali si contende, i molti fatti, che ora sì, ed ora no, si possono dire compresi sotto codesta disposizione.

(3) I beni mobili si possono trasportare da un luogo all'altro; il Legislatore non se ne può quindi occupare, che quando esistono nel di lui territorio; ma per la ragione appunto, che si vogliono regolati dalle proprie leggi i beni immobili, perchè sono nel territorio, si debbono volere anche regolati dalle medesime i beni mobili, che sono nelle stesse condizioni; per la ragione, che se si occupa dei beni immobili dello straniero, che sono nel suo territorio, non si deve occupare dei beni mobili di spettanza dei regnicoli, che ne sono fuori: tutto ciò che è fuori del Regno, è fuori del mondo; tutto ciò che è nel Regno, è soggetto alle sue sanzioni: considerata la cosa sotto questo aspetto, pare da un lato erronea la massima, che vuole i beni mobili regolati dalle leggi del luogo, a cui appartiene lo straniero; dall'altra esagerata, laddove dispone indirettamente anche dei beni mobili che sono fuori del Regno e fuori del Paese, a cui appartiene lo straniero (art. 7).

Digitized by Google

Art. 12. « Le successioni però, tanto testate che intestate, sia « per ciò che riguarda il diritto di succedere, che la misura nella « quale si succede pei beni mobili ed immobili posti nello Stato, « sono regolate dalle leggi del luogo a cui appartiene il de- « funto (1) ».

Art. 13. « Le forme estrinseche degli atti sono determinate dalla « legge del luogo in cui sono fatte (2).

Art. 14. « La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si repu- « tano regolate dalla legge del luogo (3) in cui sono contratte; « è però data facoltà alle parti di volerle regolate da leggi di- « verse ».

Art. 15. « I mezzi di prova delle obbligazioni sono regolate « dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto, se però le parti di- « chiararono di volersi sottomettere a leggi diverse, sono regolate « da queste (4) ».

(1) Limitiamo qui la disposizione ai beni posti nello Stato, poichè il legislatore non si può occupare che di questi; è ben vero, che quando nei còdici si è usata la frase, in qualunque paese si trovano, si è soltanto voluto dire, che le leggi del Regno non avrebbero avuto prevalenza. non mai disporre riguardo ai beni posti fuori del Regno e del luogo a cui appartiene il defunto; ma la frase era per eccellenza inesatta, e vi si doveva rimediare.

(2) Si può dare facoltà ai contraenti di seguire forme diverse in atti privati, ma il comodo è di sì poco conto, le difficoltà e i danni che ne conseguono, possono essere tanti, che è poco ragionevole concederla.

(3) È la più sicura maniera d'interpretare la volontà dei contraenti; se volevano regolate le loro convenzioni da altre leggi, l'avrebbero stabilito: nel Codice Italiano si è elevato per gli stranieri la eccezione a regola, e ridotta la regola ad eccezione, e si è errato, mentre nei più dei casi, contrattando di beni mobili, o stabili posti nel Regno, possono trovare opportuno per eccellenza, e volere che siano regolati dalla legge del luogo. Ad ogni modo, creata la regola, chi vuole declinarla, lo può con tutta facilità, convenendo diversamente.

(4) È una conseguenza indeclinabile del principio fissato nell'articolo precedente: la eccezione da noi posta, e dimenticata nel Codice Italiano, era parimenti una conseguenza indispensabile della facoltà data nell'art. 14. « Non crediamo poi, come nel Codice italiano, art. 10, opportuno occuparci nè delle forme del procedimenti, nè delle sentenze, nè delle esecuzioni, perchè sebbene il legislatore, per quello che appare, abbia creduto opportuno, in quanto costituiscono una eccezione alla regola generale, parlarne nella parte dove si parla di quella; pure la cosa è tanto indispensabile, considerata in se stessa, che non può essere

Art. 16. « Gli atti che dai regnicoli si compiono in paese stra-
« niero, in quanto si vogliono eseguire nel Regno, in ciò che con-
« cerne la capacità della persona, si debbono regolare colla legge
« del Regno (1) ».

Art. 17. « Le leggi amministrative tanto generali, che speciali,
« sono mai sempre interpretate nello stesso senso, e collo stesso
« sistema, col quale si vogliono interpretate le leggi civili e pe-
« nali (2) ».

Art. 18. « Qualunque violazione della legge che importa pena,
« è un reato, ogni reato dà luogo ad un'azione penale nell'inte-
« resse della società, e ad un'azione civile pel risarcimento dei danni
« a favore della persona offesa (3).

« L'azione penale è essenzialmente pubblica; l'azione civile
« spetta al danneggiato, e a chi lo rappresenta, e si può esercitare
« indistintamente contro gli agenti principali, e complici del

messa in discussione, e non si può trovare molto ragionevole, che il legislatore elevi a disposizione legislativa un fatto, diremo meglio, che un concetto evidente, che emana essenzialmente dal contesto e dal complesso delle leggi di procedura.

(1) La disposizione del Codice Italiano all'art. 12, è conforme all'ordine di ragione e ai principii della scienza: ma siccome logici, noi abbiamo anteposto la disposizione, che si aveva in non pochi codici antecedenti, perchè ci pare più conforme allo svolgimento pratico delle legislazioni e degli istituti giuridici: infatti il legislatore non può occuparsi degli atti dei regnicoli compiti all'estero, se non nel caso che si vogliano eseguire nel Regno, e non si deve in ordine legislativo disporre più in là di quello, che occorre: oltre a ciò la redazione della legge italiana, come abbiamo già accennato, crea gravi dubbi riguardo agli stranieri che vogliono approfittare della legge nostra, e lo si deve per eccellenza evitare.

(2) La opinione invalsa presso non pochi moderni scrittori, e la generalità dei cittadini, che esse ricevano una interpretazione speciale e sovente volte letterale; lo spirito di esagerazione, e si può dire molte volte di soverchieria, col quale procedono gli ufficiali amministrativi nel farle eseguire, in via di prudenza per associazione di idee, anzichè per rispetto ad un ordine assoluto di concetto, ci hanno consigliato alla redazione di codesto articolo. Poco importa se per l'avvenire possa parere ozioso, o diventare una lettera morta, quando infatti di presente giovi alla migliore, e più regolare interpretazione della legge.

(3) Chi commette un reato in istato di furore non può essere punito, ma deve rifare i danni che furono conseguenza del suo fatto.

Digitized by Google

« reato, contro le persone civilmente responsabili, e i loro rispet-
« tivi eredi (1).

« Se l'autore del reato muore prima di essere giudicato defi-
« nitivamente, l'azione civile si può esercitare egualmente contro
« gli eredi; l'azione civile può essere esercitata anche quando con
« sentenza definitiva in giudizio penale sia stato dichiarato non
« farsi luogo a procedimento, o perchè consti che il fatto non sia
« avvenuto, o l'imputato sia stato assolto (2) ».

(1) Abbiamo desunte questa disposizioni dal codice nuovo di procedura penale; non abbiamo poi dato luogo alla disposizione dell'art. 4, così concepito « l'a-« ziona civila si può esercitare innanzi allo stesso giudice, e nel tempo stesso « dell'azione penale, salvi i casi espressamonte preveduti dalla legge ».
« Può esercitarsi ancbe separatamente avanti il giudice civile: in questo caso « però l'esercizio ne è sospeso, finchè siasi pronunziato definitivamente sull'a-« ziona penale intentata prima dell'azione civile o durante l'esercizio di essa », « perchè ci sembra tenersi strattamenta all'ordine di rito, e perchè, ben considerata la natura della cosa, troviamo bensì giusto, cha l'azione civile si possa esarcitare davanti il Tribunale penale, nello stesso tempo nel quala si esercita l'azione penale; ma non troviamo giusto che si possa iniziare un'azione civile par rifusione di danni derivanti dal reato prima che con sentenza sia stata stabilita la esisteoza del reato e la colpavelezza dell'imputato. Forse il legislatora Italiano ba voluto realmente stabilire ciò, che noi ora significhiamo, ma la sue parola, o noi c'inganniamo, non ne danno saggio: para a noi, che secondo le medesime il giudizio civile si possa iniziare, ma si debba sospendere poi ne' suoi affetti. Ed è ciò che non ci par buono: quando ciò sia, diciamo noi, a che permattare dua giudizi dafaticatori, perchè defatigare l'imputato in un gindizio civila separato, se non può essera condannato, prima che lo sia nel giudizio penale? vi ha esuberanza di facoltà nall'offeso, non necessaria al di lui interesse, gravissima, dannosissima per l'imputato, e la ragione si ribella ad un potere così affaticante ed ingiusto: perciò, o negara all'offeso questa effrenata facoltà, o stabilire (come può sembrar meglio), cha si possa dall'offeso procedera in gindizio civila, indipendentemanta dal giudizio penale, a fare tutte la prova che in questo non si sono fatte o non si sono potute fare: sarà una effrenatezza; ma si sarà logici.

(2) Una sola nacessità pratica può giustificare diversa dottrina: del resto essando l'aziona pubblica, avuto riguardo alla persona, diversa dalla aziona civile; potando compiersi il giudizio penala senza che l'offeso si sia costitnito parte civile; potendo egli venira a cognizione di fatti a prova della colpevolezza dall'imputato posteriormente alla sentenza penala, non si veda ragioni perchè la sentanza nel gindizio penale deva escindare la possibilità dell'azione a favore dal danneggiato nel gindizio civila: la cosa marita tanto più considerazione nei rapporti specialmente alla legge del Regno, dacchè nel mede-

Art. 19. « Se l'azione penale non si può esercitare che ad « istanza della parte offesa, questa, dopo intrapresa l'azione civile, « non può più promuovere il giudizio penale (1) ».

Art. 20. « Se la pena prefissa al tempo del commesso reato, e « la posteriore fossero diverse tra loro, viene applicata la pena più « mite; se la nuova legge cancella dalla classe dei reati un'azione

simo le discipline relative a coloro che sono esclusi dalla successione per titolo d'indegnità, sembrano accennare a questo, che la assoluzione nel giudizio penale non possa importare, a chi succede in luogo dell'indegno, la esclusione dal diritto di provare in successivo giudizio civile la esistenza del fatto costituente la indegnità: questa materia è trattata nel primo fascicolo prodotto per le stampe, Tipografia Ferrari, Modena, del mio trattato: *Delle successioni*, alla pagina 64.

(1) È dottrina, che corrisponde ai bisogni della tranquillità sociale, e fu giustamente adottata.

Non riproduciamo poi il secondo capoverso dell'art. 7 di dotto Codice, così concepito « ove si tratti di reato per cui il P. M. ha diritto di esercitare d'uffizio « l'azione penale, la parte offesa, che avrà intentato un giudizio davanti al giu« dice civile pel risarcimento dei danni, non potrà più costituirsi parte civile « nel giudizio penale ».

E perchè da una parte è una conseguenza della facoltà consentita al danneggiato di intraprendere il giudizio civile distinto dal penale, e perchè noi, avendo distrutto la regola, non abbiamo bisogno di occuparci della eccezione: dall'altra non troviamo abbastanza giustificato il divieto contenuto nel medesimo: si può recedere da un giudizio civile per intraprenderlo di nuovo in tutti i casi, e perchè non si potrà in questo? qual danno alla società? nessuno: qual danno all'imputato se gli rifanno le spese del giudizio? nessuno: era quindi giusto fino a giudizio definito lasciare al danneggiato facoltà di recedere dal giudizio civile, e prender parte al giudizio penale.

Non parliamo anche dell'art. 8 di detto Codice, perchè ci pare contemplato e rinchiuso nel disposto dell'art. 10, da noi proposto; del resto noi in via di incidente non crediamo dover tacere, come a nostro avviso parrebbe anzi necessario, che l'azione pubblica si restringesse assai più di quello che sia di presente, per iniziare da una parte una maggiore equità nelle leggi penali, per iniziare dall'altra il sistema dell'accusa privata, che è tanto più del sistema d'accusa pubblica conforme alla grandezza e liberalità dei popoli e degli individui.

Non collochiamo tampoco il disposto dell'art. 4 del vigente Codice penale, così concepito « le pene imposte dalla legge non potranno dal giudice aumentarsi, « diminuirsi o commutarsi, se non nei casi ed entro i limiti dalla legge stessa « determinati » perchè è cosa che non si può tampoco presupporre, e corre per questa soppressione il motivo pel quale credemmo già sopprimere il disposto dell'art. 5 del Codice francese.

Digitized by Google

« considerata come tale dalla legge anteriore, cessano tutti gli ef-
« fetti del procedimento (1). Quest'articolo si applica ancora alle
« pene che sono in corso di espiazione (2) ».

Art. 21. « Il regnicolo che in estero paese avrà commesso un
« reato contro la sicurezza o l'interesse dello Stato o contro un
« altro regnicolo, rientrando nel regno, salvi gli effetti della pre-
« scrizione, sarà punito a termini di legge.

« Il regnicolo, che avrà commesso all'estero un reato contro
« uno straniero, non potrà essere punito, che dietro querela di
« parte (3), esista o non esista, all'uopo, apposito trattato tra i go-
« verni rispettivi ».

(1) È una eccezione alla regola, che la legge non ha effetto rettoattivo: se era perciò indispensabile darvi posto nel nostro progetto, come fu nel Cod. pen., art. 3 a lin. 2: per lo stesso motivo crediamo opportuno sopprimere il primo capoverso del mentovato articolo 3 del cod. penale. « Nessun reato può punirsi con pene, che non erano pronunciate dalla legge prima, che fosse commesso », perchè era essenzialmente compreso nel concetto stesso: del resto penetrando nella ragione intima delle due disposizioni da noi accettate, si vede come la legge accetta per vero il fatto della opportunità di dette leggi, ammette la necessità di provvedere alle efferate loro conseguenze, ammette, che la ragione del fatto debba prevalere alla ragione della legge, mostra, come sia giustificata la teoria della consuetudine e disuetudine, come infatti sia giustificato il principio, che *cessante ratione legis cessat et ejus dispositio*: il legislatore ha ben voluto creare egli stesso questo principio, regolarne e determinarne le conseguenze, per non lasciare i fatti all'arbitrio dei giudici e dei pubblici amministratori; ma è sempre vero, che il principio sta, che errano le scuole che lo ripudiano, senza guardare ai casi nei quali per volontà stessa della legge si può far luogo alla di lui applicazione.

(2) Codesta giunta nostra è giustificata col semplice suo annunzio senza bisogno di commenti: se la legge per opportunità si mitiga, si deve mitigare anche ne' suoi effetti; ripugna che per lo stesso reato, nello stesso luogo di pena, la misura sia diversa.

(3) Riproducendo il concetto degli art. 5 e 6 del Codice penale, abbiamo creduto poter sostituire la parola interesse dello Stato ai diversi reati indicati nel primo, perchè quella indicazione, se non si vuole tassativa, è troppo indeterminata ed inesatta; se si vuole tassativa, forse non corrisponde a sufficienza al concetto generale di diritto: si potrebbe dire, che la parola *interesse* è troppo elastica e sconfinata, ma è della stessa risma la parola *sicurezza*, e facendo buon viso all'una, lo si può fare anche all'altra.

Abbiamo poi creduto di dover subordinare l'azione contro chi offende all'estero uno straniero al fatto della querela per parte di questi; ripugnando al concetto razionale dell'azione pubblica dedotta dall'interesse pubblico dello Stato, che si

Digitized by Google

Art. 22. « Lo straniero, che in estero Stato commette un reato « contro la sicurezza e l'interesse dello Stato, o contro un regni- « colo, se venga arrestato, entrando nel regno, potrà essere con- « segnato al governo del luogo in cui ha commesso il reato, perchè « vi sia punito a seconda di quelle leggi; rifiutandosi quel governo « di riceverlo, sarà punito nello Stato (1) ».

voglia punire chi, nè direttamente, nè indirettamente, lo ha danneggiato: si potrebbe dire, che il fatto di un reato impunito, se anche commesso all'estero è già un danno per la moralità pubblica; ma non si può andare tant'oltre in concetti così sottili, e a voler esser troppo conseguenti, si riesce facilmente alle esorbitanze ed agli errori.

Abbiamo poi creduto di togliere ogni distinzione fra crimine e delitto, perchè da una parte la ragione della legge sta per questo come per quello, e la distinzione del codice nostro in proposito non è abbastanza giustificata; dall'altra la distinzione dei reati in crimine e delitto, è cosa puramente disciplinare, e non avendo noi riprodotto per questo motivo la distinzione di cui nell'art. 10 del detto Codice, non potevamo accettarla, ed averla siccome implicita nei concetti di massima che abbiamo creduto opportuno addottare.

(1) Non troviamo giusto, che sia punito nello stato uno straniero, che in estero stato ha commesso un reato a danno dello straniero, solo perchè lo abbia commesso a poca distanza dai confini, art. 8 del cod. penale, ed abbia qui trasportato denari od oggetti derubati; se la punizione deve derivare da un concetto di diritto assoluto, di giustizia assoluta, qual diritto nel governo nostro di punire chi non è soggetto alle nostre leggi; qual ragione di giustizia si può dedurre dalle contingenze del luogo, in cui fu commesso il delitto, dal fatto postumo del trasporto degli oggetti rubati in questo stato? Può certamente il paese correre qualche pericolo per la vicinanza dei luoghi, può la moralità del popolo essere scossa dall'esempio di reati felicemente riesciti ed impuniti; ma qui si è in tesi di concetti morali, anzichè di concetti giuridici, e non si può andare a queste sottigliezze, senza incorrere nei danni e negli assurdi sopra menzionati.

Abbiamo poi detto, nel caso che egli entri nel Regno; non abbiamo fatto la ipotesi, che ci possa essere consegnato dai governi stranieri, perchè ripugna al nostro modo di vedere per questa specialità di casi un fatto ed un patto di questo genere da governo a governo: ripugna, che mentre un individuo sta tranquillo in paese, che non ha offeso, questo lo arresti e lo consegni gratuitamente ad altro Stato che non è il suo; è certamente opportuno, che il delitto non trovi terra che lo accolga, uomo o governo che lo difenda; ma occorre un patto fra le nazioni, bisogna che ogni nazione lo voglia, che ogni uomo lo sappia, perchè non possa imputare che a se stesso il suo arresto, e la sua consegna al governo offeso.

Abbiamo per ultimo creduto opportuno di non fare le distinzioni, di cui nei detti art. 8 e 9 del Codice penale, poichè a nostro avviso è per eccellenza giusto, che il giudizio e la punizione siano fatte nel luogo in cui fu commesso il reato, e colla misura fissata dalle leggi del medesimo: uno spirito esagerato di prote-

Del resto, a compimento di quest'articolo preliminare, dovrebbero essere collocate le disposizioni tutte relative alle pene, e le rispettive loro classazioni, e così la legge si svolgerebbe ampiamente nel suo concetto razionale, e nella sua attività pratica, e servirebbe

zione, fece adottare le distinzioni stesse, ma tutto ciò che non ha la sua vera ragione nella natura delle cose, per quanto si può, non deve tampoco trovar posto nel corso delle leggi: il concetto della opportunità, ha sempre condotto a conseguenze fatali, inaspettate, se non sempre diverse dai presupposti.

Non abbiamo poi parlato dell'autorizzazione del governo del Re, art. 11 cod. penale; perchè stabiliti i limiti, entro i quali devono esercitarsi le azioni dei magistrati, o per le leggi nostre, o pei trattati, ci pare inutile l'intervento dell'Autorità Sovrana: è vero, che a questa autorità è concesso il diritto di grazia di amnistia, e si può ritenere opportuno che essa nè possa far uso; è vero, che vi possono essere considerazioni politiche abbastanza alte che lo inducono a seconda dei casi a darla o non darla; è vero, che questo fatto dell'intervento della di lui autorità è un ulteriore garanzia a favore dell'imputato, ma è vero altrettanto, che si deve tenere per tutti un modo ed una misura: forse la rudezza nei rapporti, che esistono ancora da governo a governo, il difetto di apposite convenzioni ha generato queste disposizioni; i mutamenti nei rapporti internazionali la faranno togliere, e mostreranno la giustezza della nostra opinione.

Del resto, ponendo a riscontro questo estremo sancito nell'art. 9, detto Codice, parrà facilmente a tutti oziosa ed inutile la disposizione successiva dell'art. 10, che è così concepita « la disposizione di cui negli art. 6, 8, 9, non avranno effetto, quando « i colpevoli saranno già stati giudicati definitivamente nel paese in cui commisero « il reato, e vi avranno in caso di condanna, scontata la pena » ed è perciò che non l'abbiamo riprodotta. Infatti, lasciata a parte la ipotesi, che lo stato in cui fu commesso il reato, non voglia accettare il colpevole che gli si vuol consegnare, locchè è moralmente impossibile; il giudizio contro il colpevole vi fu già incominciato, ed è certo, che il colpevole sarà accettato, e si ripetterà così la economia dei giudizi e la naturale competenza dei magistrati; o vi fu già condannato, ed è fuggito dal luogo di pena, o non fu anche sottomesso alla medesima, ed è chiaro del pari, che vi sarà ricevuto, e la giustizia avrà il suo pieno effetto: col detto art. 10, si vengono a sancire due massime fatali; l'una, che pendente il giudizio in estero Stato l'imputato può essere giudicato anche nel nostro; l'altra, che per il fatto suo della non presentazione per subire la pena, o della fuga del luogo di pena si avrà come non avvenuto il giudizio, sebbene fosse definitivo; invece di dare esecuzione al giudicato proferito, si farà una nuova condanna, il che certamente è contrario ad ogni principio di giustizia e di opportunità.

Se però si credesse troppo pericoloso lasciare la lunga serie dei fatti di questo genere senza alcuna apposita disposizione, si potrebbe unicamente aggiungere il seguente articolo:

« Se la persona fu assoluta nel luogo in cui fu commesso il reato, o vi scontò la

Digitized by Google

mirabilmente di scorta a tutte le successive disposizioni di qualunque ordine e specie: noi qui del resto non crediamo di dovercene specialmente occupare; e perchè il lavoro sarebbe troppo vasto ed alieno dalle proporzioni che ci siamo assegnate, e perchè il concetto nostro si rivela facilmente da sè senza bisogno della riproduzione del testo della legge.

Infatti posta la prima classazione, che le pene si dividono in crimini, delitti e contravvenzioni, si viene alla determinazione ed alla qualificazione delle pene stesse; indi si passa alla loro graduazione, e connessione; e l'ordine razionale serbato dal Codice, salvi essenziali mutamenti che noi crederemmo opportuno introdurvi, preso rettamente ad esame, basta a dar ragione del nostro concetto.

Ad ogni modo, se ciò non piacesse, la materia delle pene si potrebbe collocare assai facilmente in un titolo successivo, riunendovi le dottrine sul dolo, sulla rescissione o nullità dei contratti in materia civile, in modo che tutto ciò che si attiene al concetto della sanzione della legge, fosse collocato subito dopo le disposizioni relative alla medesima, la conseguenza si presentasse immediatamente dopo la premessa, come l'effetto segue la causa (1).

« pena non può più esser giudicata nel Regno; se non soddisfece alla pena, può « esser consegnata alle autorità del luogo, perchè vi soddisfaccia ».

Non crediamo per ultimo doverci occupare del disposto dell'art. 12 « le di« sposizioni del presente codice non sono applicabili ai reati, pei quali provve« dono in modo speciale le leggi militari e marittime », perchè secondo il nostro concetto quelle disposizioni speciali devono essere compenetrate nel Codice, del quale tentiamo dare un saggio in questi preliminari.

(1) Crediamo più opportuno, chiudendo questo nostro progetto di legge, dichiarare, che per motivi a giudizio nostro abbastanza giustificato, non crediamo di collocare fra le disposizioni della nuova legge:

a) La disposizione di cui all'art. 3 del Codice italiano così concepito « Nell'applicare la legge, non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore.

« Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione « di legge, si avrà riguardo alle disposizioni, che regolano cose simili o materie « analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi « generali di diritto ».

Perchè non contiene, che una regola di ragione; ed è impossibile di ridurre tra i limiti di un articolo di legge una materia che, e nell'ordine pratico, e nell'ordine razionale non ha confine.

b) La disposizione contenuta nell'art. 4 dello stesso Codice, « le leggi penali, e

N° 5°.

Delle migliori opere da consultarsi in soggetta materia.

Ed ora venendo a dare alcuni brevi ragguagli bibliografici sul nome e le opere degli scrittori antichi e moderni, che più accuratamente e profondamente a nostro avviso trattarono di questa sottile e difficile materia delle leggi, per soccorrere specialmente alle indagini ed agli studi dei giovani animati dal desiderio di adden-

« quelle che restringono il libero esercizio dei diritti, e formano eccezione alle regole « generali, o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esso espressi », perchè non è del pari che una regola di ragione, che emana dalla stessa natura delle leggi speciali; tanto più poi abbiamo creduto doverlo fare, perchè la troppo letterale interpretazione di questo articolo fa sì che si applichi molte volte con troppa esagerazione; anche nei casi, e per leggi speciali, si può dare una estensione che non sempre si può conciliare collo ristretto significato delle parole della legge, e si fa luogo alla grande distinzione tra la estensione della legge a casi diversi, e la comprensione di più casi sotto uno stesso dettato di legge.

c) La disposizione di cui all'art. 5 del detto codice così concepita, « le leggi non sono abrogate, che da leggi posteriori, per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, e perchè la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore » perchè l'abrogazione è un fatto posteriore alla legge che non può essere nè preveduto, nè impedito dal Legislatore; se egli non lo voglia, e lo vogliano i posteri, come si farà prevalere la sua volontà. La disposizione è quindi inutile; il legislatore non deve tampoco supporre, che la legge si possa abrogare, e non ne deve ammettere la possibilità fra le sue leggi; qui si parla ben solo, a vero dire, per escludere la possibilità dell'abrogazione per desuetudine, per conservar forza alla legge in ogni tempo, ma guardando ai risultati si viene a tali estremi, che devono essere ripudiati.

d) La disposizione di cui nel Codice austriaco, art. 7, così concepito « *a consuetudine non si avrà riguardo, se non nei casi nei quali la legge si riporta ai medesimi* » perchè può darsi che vi abbia una consuetudine giustissima, non sancita dal legislatore, e che non si possa, nè debba ripudiare: il legislatore doveva distinguere, vietare le viziose ed irragionevoli, non porre dei limiti all'osservanza di tali consuetudini per sè eccellenti, rettamente intese, e meritevoli di essere conservate in vigore: infatti una legge, se essa non fosse, occorrerebbe, per regolare quella data materia, e legge, se non più ragionevole, praticamente più utile, può difficilmente essere plasmata, fino a tanto almeno che i costumi, e le abitudini dei popoli non siano cangiate.

e) La disposizione dell'art. 4 del Codice Nap. così concepito « se un giudice ricuserà di giudicare, sotto pretesto di silenzio, oscurità e difetto della legge, si

Digitized by Google

trarsi nella intelligenza delle larghe e vaste dottrine da noi accennate.

Premesso che il Digesto, laddove appunto si parla delle leggi e

potrà agire contro di lui, come colpevole di negata giustizia » perchè è troppo naturale, che il Giudice non può farsi censore della legge, e rifiutarsi ad applicarla; d'altra parte questa disposizione si attiene meglio che altro, all'ordine penale, o deve essere collocata, se si volesse conservare, là dove si parla dei resti dei Funzionari pubblici.

f) La disposizione di cui all'art. 5 di detto Codice, così concepito « è proibito « ai giudici di pronunziare in via di disposizione generale o di regolamento nelle « cause di loro competenza », perchè da una parte male si sa concepire come un giudice possa pronunziare in via di disposizione generale, male si sa concepire dall'altra, quale danno ne verrebbe alla società; e pare quindi inutile una disposizione per una ipotesi, che non si può verificare, e anche verificata, non può aver effetto.

g) La disposizione contenuta dall'art. 8 del Codice austriaco, così concepita, « al solo legislatore spetta d'interpretare la legge in modo per tutti obbligatorio: « tale interpretazione si applicherà a tutti i casi che sono ancora da decidersi, a « meno che il legislatore non vi aggiunga, che la sua interpretazione non debba « riferirsi alla decisione di quelle cause, che hanno per oggetto azioni intraprese, « e diritti domandati avanti la interpretazione medesima ».

La disposizione dell'art. 16 del Codice albertino, così concepito « al Sovrano « spetta interpretare la legge in modo per tutti obbligatorio: qualora i magistrati « supremi credano necessaria siffatta interpretazione, potranno fare al Re opportune rappresentanze ».

« L'interpretazione che il Re stimerà di dare ad una legge, emanerà, e sarà « pubblicata nel modo e colle forme prescritte per le leggi ».

« Tale interpretazione si applicherà a tutti i casi che sono da decidersi, a meno « che non sia colla medesima altrimenti provvisto ».

« L'interpretazione non potrà mai applicarsi alle cose anteriormente transatte, « o decise definitivamente ».

Perchè l'interpretazione è l'opera della pura ragione umana, e non può assumere mai importanza di diritto e di legge: è vero che qui si parla nel senso che la interpretazione sia obbligatoria, e in questa ipotesi vi ha ragione; ma è meglio non usare la parola che accenna a lavoro ed opera della scienza, quando si vuole invece accennare ad una legge in senso vero e proprio.

h) La disposizione contenuta nell'art. 17 del Codice austriaco, così concepita, « le disposizioni date in casi particolari, e le sentenze proferite dai tribunali in « cause speciali, non hanno mai forza di legge nè possono estendersi ad altre « cause o ad altre persone ».

Nell'art. 12 Codice albertino, così concepito « le sentenze dei magistrati non « avranno mai forza di legge » perchè anche le sentenze non sono che l'opera della interpretazione, e non possono nei loro effetti escire dalla sfera di questo continuo, e non sempre logico, lavorio della mente umana.

delle regole di diritto bene studiato al lume anche degli speciali commenti da legge a legge, vale per se solo tutte le opere redatte a commento del medesimo, ed è, se non il solo, il primo libro che si deve a lungo meditare.

Diremo che tra gli antichi sono specialmente a studiarsi le seguenti opere:

Fabbro: *Rationale in pandectas.* — Ottimo (e come no?) è il suo commento ai due titoli *de legibus et constitut. princip.*: è sopra tutto commendevole il sistema da lui tenuto di porre in via di dubbio la questione, che può nascere sulla intelligenza delle parole della legge, e poscia dare la risoluzione del dubbio stesso, mostrando la ragione intima della legge: molte questioni, che si fanno ai tempi nostri sono risolute magistralmente da lui nei suoi responsi (1).

Bruneman: *Commentarius in pandectas de leg. et costit. princ.* — Il commento di questo giureconsulto per larghezza di veduta ed efficacia di concetto non rivaleggia per certo con quello del Fabbro, ma è molto accurato, contiene molta dottrina, dà la chiave per molti riscontri colle leggi, e colle opinioni di molti dottori, per mezzo dei quali si può meglio intendere il concetto della legge ed interpretarla a dovere.

Huberi Ulrici: *Praelectionum juris civilis* ne' titoli *De leg.: de conflit.: legum, de constit. princip.* — Ha ottime dottrine, e chiaramente esposte intorno alle massime fondamentali delle leggi ed alla consuetudine: si occupa in ispecie del principio *cessante legis ratione cessat et ejus dispositio.*

Cuiacio. — Tratta delle leggi in diverse parti delle sue opere, ora principalmente, ora per incidente, e sarebbe troppo lungo per la indole di questo lavoro, se si volesse dare la indicazione esatta delle parti stesse; supplisce all'uopo il copioso indice delle sue grandi opere: possiamo dire che non v'è interpretazione difficile,

(1) Notiamo in via di parentesi un suo detto nel commento alla legge 2 de costit. Princ.: *mutatio..... praecipue legum semper periculosa.* Io credo che molti a' nostri giorni riderebbero di questa opinione, come di un errore di un uomo antiquato: certo, se la stregua della bontà dei fatti umani si deduce dai tempi nostri, dove le leggi mutano e rimutano costantemente, questo giudizio può essere ritenuto un errore dell'antichità; ma l'avvenire mostrerà che non lo è per certo.

questione grave, che sia insorta sulla estensione ed applicazione delle massime fondamentali delle leggi, che non sia colla efficacia della sua dottrina stata ampiamente discussa; diremo solo che il suo merito speciale in soggetta materia è stato questo d'aver posto a riscontro i dettati sulle leggi colle disposizioni dubbie e speciali delle medesime, per mostrar meglio in qual senso dovevano essere intese ed applicate.

Donelli. — Questo grande giureconsulto ha del pari trattato con isplendore vivissimo di senno e di dottrine molti dei principii fondamentali delle leggi in diverse parti delle sue opere: i suoi commenti però sono meno estesi di quelli del Cuiaccio, e si potrebbe più facilmente dar cenno delle diverse parti in cui si trovano; ma crediamo inutile di farlo, giacchè supplisce all'uopo l'indice esatto che correda le sue opere; si occupa molto del principio *cessante legis ratione cessat et ejus dispositio.*

Richeri: *Universa civilis et criminalis jurispr.* — Tratta la materia delle leggi con molta dottrina e lucidezza ed applicazione a casi pratici nel volume primo: il suo lavoro ha poi un pregio che è comune a molti altri scrittori dei secoli scorsi, di trattare la materia delle leggi anche nei rapporti col diritto ecclesiastico: a giorni nostri è pura materia storica; ma anche per questo che ha riassunto in ordine scientifico con evidenza le distinzioni proprie ad una epoca diversa, ha fatto opera commendevole e che non riesce per certo inutile alla scienza.

Strykii: *Disertationum juridicarum.* — Si trovano nel corpo di queste diverse disertazioni alcune dottrine molto importanti intorno alle leggi, alle consuetudini, dissuetudini svolte colla profondità ed acutezza che gli è propria; ne tratta in diverse parti segnatamente ai volumi 3, 5, 9, edizione fiorentina Celli e Miti 1842: supplisce un indice accurato alle indagini che si vogliono fare.

Voet: *Comment. ad pandectas.* — Nel commento al titolo delle leggi e delle costituzioni dei principi tratta colla solita lucidità ed ampiezza la parte più importante di questa materia: come però egli di solito piuttosto che chiamare a disamina i testi del giure ne raccoglie i portati, e li svolge in ordine razionale e scientifico, senza molte volte far cenno tampoco delle leggi tutte da cui si deducono, così fa nella materia delle leggi, e perciò il libro suo in proposito è meglio un libro di corredo che di base, per chi voglia addestrarsi agli studi adeguati sulla materia stessa.

Digitized by Google

Tra i moderni sono specialmente a consultarsi le seguenti:

POTHIER: *Le pandette di Giustiniano.* — Collochiamo questo scrittore fra i moderni come quello dalle cui opere fu desunta specialmente la codificazione francese: il medesimo nel titolo delle leggi ne ha esposte le materie in ordine razionale in 6 distinti articoli, ma al di là di queste e di poche nozioni storiche, che servono di legame alle dottrine che viene svolgendo, e per le quali gli si vuol dare la debita lode, la sua opera in questo trattato è meglio che altro, una riproduzione del testo Romano, e solo chi sia digiuno di dottrina antica, ne può trarre profitto per intendere meglio il significato dei testi antichi: si trova poi come nelle altre parti anche in questa il difetto del riscontro ad usi, e consuetudini francesi collocate (e quasi sempre a torto) a corredo ed esplicazione del diritto Romano, che ne guastano il senso, e lo inducono spesso a dare ai testi (come ai testi della legge 229 *dig. de verbor. signif.* ed altre ivi accennate) un significato diverso dal vero. Del resto anche questi errori, bene intesi, portano con sè un conveniente ammaestramento.

MERLIN: *Répertoire de jurisprudence et questions de droit.* — Tratta delle leggi con ordine razionale e scientifico; si occupa in ispecie di questioni importantissime pel diritto francese; come quelle delle conformità, e differenza fra i senato-consulti, le leggi, e i decreti imperiali del primo impero: nelle questioni di diritto poi tratta molte questioni dedotte dalle nuove leggi repubblicane ed imperiali, che di riverbero possono tornare a dilucidazione di questioni che insorgano ai nostri tempi.

DURANTON: *Cours du droit français suivant le code civil.* — Il suo trattato in soggetta materia si risolve in una nuda e semplice dilucidazione alla legge francese, senza ricorso alle grandi dottrine del diritto Romano, e comune, che solo possono dar modo di rettamente intendere le disposizioni relative: non trova nulla a censurare nella legge francese, e quando non sa come dar ragione della disciplina contenuta nell'art. 4°; dichiara, che in difetto di meglio il giudice può risolvere la questione coi dettati della equità naturale; ammette, come abbiam detto, che la desuetudine può abrogare la legge, e accenna a decisioni della Corte di Cassazione francese proferite in questo senso, ma non mostra d'aver tampoco indovinato le gravi questioni che colle nuove leggi si potevano fare.

TOULLIER: *Le Droit civil français.* — Tratta la materia collo

Digitized by Google

stesso ordine scientifico tenuto dagli scrittori antecedenti; abbonda però nella dottrina, nella bontà e larghezza delle osservazioni, nei riscontri col diritto Romano; ammette la desuetudine come mezzo di abrogazione della legge, e commenta con sufficiente lucidezza il conforme dettato del d'*Aguesseau*.

Demolombe: *Cours de droit civil.* — Tratta la materia collo stesso ordine, colla solita profondità, colla solita sua larghezza di vedute: accetta alcuni degli adagi di diritto comune, si tiene però nel campo del semplice diritto francese, ed ha pochi riscontri col diritto Romano; nega che la desuetudine possa abrogare la legge.

Zaccariae: *Cours de Droit civil.* — Tratta la materia in ordine storico, organico e razionale con quella esattezza meravigliosa, con quella più meravigliosa estensione e varietà che egli suol dare alle proprie lucubrazioni, sicchè mentre non lascia nulla a desiderare riguardo alla scienza, pure non si estende in ogni materia al di là di poche pagine: per questa preclara dote della sobrietà e profondità, è quello fra i moderni che più si atteggia al fare dei giureconsulti Romani. È libro che merita, al pari d'ogni altro più celebre tra gli antichi e moderni, di essere esaminato. Conchiudendo dobbiamo dire, che non nega, come il Demolombe, ma non ammette tampoco, che la legge possa essere abrogata per desuetudine.

Marcadé: *Explication du Code Napoléon.* — Questo trattato delle leggi è lavoro di assai minor lena che gli altri; non tratta le questioni generali che con poche osservazioni, e, a dir vero, nè tampoco acute, mentre non pertanto l'acutezza è forse uno dei pregi più culminanti di questo scrittore. Innesta a questa materia alcune questioni sul potere legislativo e sull'organismo giudiziario che ci paiono fuori di posto: non è trattato che si possa raccomandar molto agli studiosi. Del resto egli in generale è scrittore piuttosto acuto che grande, molte volte piuttosto arguto che acuto, molte volte piuttosto sofistico che arguto; ha lampi vivissimi di ingegno, è brillante scrittore di sovente ma nulla più.

Francesco Forti: *Istituzioni civili.* — Questo grande ingegno italiano, rapito troppo presto alle scienze ed alla sua patria, nel primo libro delle sue istituzioni si è occupato delle leggi sotto l'aspetto storico e giuridico con quella larghezza che si appalesa in ogni suo libro: dal lato storico ha fatto l'esame delle origini e dei mutamenti delle legislazioni cominciando dalle leggi Romane fino alle

leggi attivate dopo il 1814, ed ha portato nella disamina in ispecie dei motivi e delle origini delle leggi Romane una critica così giusta, così persuasiva, che forse lo mette al di sopra di molti altri scrittori di queste materie: sotto l'aspetto giuridico ha trattato con molta lucidezza le più vive e combattute questioni della giurisprudenza, portando a conforto delle sue opinioni quel corredo di acute e profonde osservazioni che in lui rivelano sempre un ingegno superiore: è sotto questo aspetto specialmente che noi facciamo parola di questa sua opera nel presente scritto. Ammette l'abrogazione della legge per desuetudine.

Pacifici Mazzoni, Avv. Emidio: *Istituzioni di diritto civile.* — È certamente uno dei più dotti ed accurati scrittori dei tempi nostri, e si distingue sopra molti altri per chiarezza di concetti, nitidezza di parole, sobrietà di discorso, esattezza nei concetti, nelle classazioni e distinzioni, e non gli può mancare per certo un posto luminoso fra gli scrittori moderni. In queste istituzioni ha trattata con molta sapienza congiunta a molta sobrietà, e brevità di eloquio delle leggi, loro origini, classazioni, ed è perciò appunto che noi ne facciamo cenno. La parte in cui la trattazione di questa materia è più estesa, e giustamente dotta è quella dove parla intorno a diverse ipotesi di fatti, in cui variamente, a seconda delle circostanze, ora si devono applicare le leggi antiche, ora le nuove, ora le leggi del paese, ed ora quelle del luogo, a cui appartiene lo straniero, che ha contrattato in Italia o fuori, con un nazionale o uno straniero. Non possiamo però tacere una censura, o, diremo meglio, un nostro giudizio sopra una sua opinione che ci sembra errata; parlando della questione, se le leggi possano essere abrogate per desuetudine, dice che no; perchè se ciò possa mai avvenire in reggimento assoluto, od in reggimento popolare, dove, e quello, e questo possono ciò che vogliono, e possono quindi anche per effetto di dissuetudine abrogare la legge; ciò non è guari concepibile colle condizioni politiche del popolo Italiano; dacchè essendo la fazione delle leggi affidata ai corpi legislativi, non potendo la volontà nuda del capo dello Stato e del popolo fare le leggi, non possono tampoco per desuetudine abrogarla; pare a noi, che essendo i corpi legislativi rappresentanti del popolo, questi indipendentemente dal ministero loro possa pure abrogare una legge: ma al di là di ciò questa non è che una sottigliezza; il popolo è al di sopra

Digitized by Google

di tutti i poteri, è il potere vero egli stesso, e ripugna che per nessuna causa, in nessun tempo, una legge non si possa, almeno per desuetudine abrogare.

GABBA: *Teoria della retroattività delle leggi.* — Ha trattato queste quistioni di diritto transitorio con molta estensione e dottrina, e noi crediamo farne cenno, non perchè veramente tratti la materia della quale ci occupiamo, ma perchè indirettamente le leggi transitorie si congiungono alla medesima in base al principio che la legge non ha effetto retroattivo.

Accennando a questi scrittori non abbiamo voluto far credere con ciò, che molti altri dotti scrittori antichi e moderni siano nel giudizio nostro di gran lunga inferiori ad essi per ingegno e per dottrina; unicamente abbiamo voluto dare una norma sulla via da tenersi per fare accurati studi in proposito: diciamo quindi, che ci siamo occupati di grandi scrittori antichi per incarnare in parte il concetto fondamentale di questo libro, del ritorno cioè alla sapienza antica: ci siamo poi occupati fra i moderni (lasciati a parte importanti lavori scientifici) di alcuni fra coloro che hanno fatti commenti alle nuove legislazioni, per mettere a riscontro le risultanze delle nuove leggi nei rapporti colla sapienza antica, ed indicare in qual modo i portati larghi e solenni di quella si possono a questa innestare.

Del resto non pochi sono i libri, e antichi e moderni, e larghi a foggia di commenti, o ristretti a foggia di istituzioni, e di elementi, nei quali queste materie sono nobilmente e rettamente trattate, e se noi non ne parliamo si è perchè il lavoro nostro escirebbe dalla sfera del nostro concetto, e dai limiti che noi stessi ci siamo imposti.

Se tutte le dottrine, che si discutono nel campo della scienza, tutte le osservazioni che si possono fare, non si trovano in questi libri; se nelle loro dottrine non si possa trovare per avventura la risoluzione a tutti i dubbi che possono sorgere nel pensiero, essi però col ricorso ad altri scrittori, coi quali o si trovano in discordia, o che invocano come autorità a sussidio della loro opinione, fanno abbastanza perchè gli studi si possono estendere al di là delle opere loro, senza che noi qui accenniamo tutte indistintamente le opere legali, nelle quali può essere parlato delle leggi, e dei loro effetti; dacchè avendo già detto, che si deve consigliare la lettura di pochi libri, è giusto che pochi ancora e

solo i migliori a nostro avviso indichiamo ai giovani per gli studi che debbono fare; a seconda dei casi potranno poscia estendere le ricerche loro senza bisogno di scorta (1).

Così abbiamo in breve, non diremmo esposto il trattato sulle

(1) Parlando di codesti scrittori, crediamo di non dover tacere una osservazione che abbiamo certamente fatta in antecedenza, ma che ivi non si presenta così chiara ed esplicita come qui, e merita bene che si riproduca.

Gli scrittori antichi non si possono così facilmente intendere come i moderni, non solo per motivi che tutti facilmente comprendono, vogliam dire, che questi dettano la loro opinione in base a disposizioni esplicite di legge colle dottrine, le opinioni, e le parole proprie dei tempi nostri, mentre quelli parlano il linguaggio dei tempi loro, tanto diverso dal nostro; ma perchè quelli, ubbidendo spesso ai difetti dei tempi loro, difettarono talvolta nella redazione, collocarono le dottrine in posizioni disparate, che non ricongiungevano che con appositi rimandi, usando della generalità delle parole, senza limitarne il concetto, davano luogo naturalmente alle incertezze ed oscillazioni che i moderni lamentano. Se però si vada a fondo nella giurisprudenza del medio evo, queste difficoltà cessano, le dottrine e le ragioni trovano nella mente di chi studia il loro posto, si presentano nella loro più spiccata evidenza; e si vedrà, che se fu difetto in loro nel fare i lavori in tal maniera, ora che noi parliamo, e per ciò che riguarda noi e gli studi nostri, il difetto è meglio in noi, che in quei libri. Noi non intendiamo bene i loro dettati, le loro opinioni, la ragione e il metodo delle loro opere, perchè non sogliamo studiarle a dovere, mentre a chiunque abbia questa perfetta conoscenza delle dottrine antiche, ogni libro si presenta chiaro, e riesce a dar ragione di sè, anche dove per avventura sia erronea la dottrina propugnata: era quindi giusto per noi mettere in evidenza codesto fatto singolare, perchè si sappia, che se sta la difficoltà, la censura che facciamo sui difetti di quei libri, è piuttosto il risultato di un difetto nostro nel giudicare, che l'effetto di un vero, per se stesso, ed indeclinablile nostro giudizio.

La verità di questa nostra osservazione si dimostra anche per un mirabile altro riscontro: ai tempi nostri per chiunque prenda superficialmente in mano i volumi antichi, paiano tutti di una pasta, e di una risma: chi si può da noi dire più dotto ed acuto dell'altro? il difetto di studi fa sì, che tutto appaia al nostro sguardo ad un identico livello; e se distinguiamo opera da opera lo facciano meglio per la fama del passato, la quale accompagna i nomi, che perchè troviamo noi in realtà, che uno scrittore prevalga all'altro; questa maggior eccellenza però esiste: questa maggior eccellenza si riconosce indubbiamente, quando in forza di lunghi e maturi studi si sia fatti padroni della scienza antica, e dei diversi stadi da essa lungo i secoli percorsi. Quei pochi soltanto che hanno fatto codesti studii sono in grado di apprezzare, secondo il suo più sicuro punto di vista, la giustezza di cotesta nostra osservazione: era non pertanto opportuno il farla; perchè si tratta di porre in evidenza un fatto importantissimo, e che deve avere a suo tempo (se bene conosciuto e desiderato) importantissime conseguenze.

A mostrare la larghezza colla quale nel giure comune, e da questi grandi scrit-

Digitized by Google

leggi, ma tracciato il programma del trattato stesso, e dato in progetto una semplice idea del come si potrebbe attuare, in ordine alle leggi, il concetto nostro della riunione delle diverse leggi, sparse ora in più Codici, in un Codice solo; chi ha più senno di noi, giudicherà o della bontà, o erroneità, o no, del nostro intendimento, e del modo col quale crediamo si possa colorire.

tori si trattarono i dettati relativi alle leggi, basti l'accennare al detto dello Striecchio, che le leggi non sono opera del *Legislatore*, ma del *Popolo*, che è quanto dire che le leggi devono mutare: le consuetudini e dissuetudini, devono imperare; e quello del Cujaccio, che la legge è *un muto pretore;* che è quanto dire, che la equità deve informarla, il pretore deve prenderla a guida, ma deve nel giudicare consultare la coscienza dell'uomo, le dottrine della equità, secondo le insinuazioni di queste, ordinare buone provvidenze, a questa sola informare i suoi giudicati.

CONCLUSIONE

Qui noi diamo fine a questi nostri prolegomeni: qualunque sia il concetto che altri possa farsi della giustezza delle nostre opinioni, e della possibilità dell'attuarle; della esattezza colla quale abbiamo svolte le nostre idee, e della bontà o falsità delle dottrine che in ogni materia speciale noi siam venuti esponendo; noi abbiamo fede che codesto nostro lavoro non sia per essere infruttuoso; noi abbiam fede per lo meno di accennare alle questioni vitali del giorno; al grande problema, se tutto il passato sia da dimenticarsi, ed abolirsi; al grande coucetto del continuo perfezionamento umano, e dei mutamenti, che irresistibilmente porta con sè nella sua via; ed è per ciò specialmente che abbiam creduto opportuno darlo in luce; del resto non disconosciamo noi stessi, come, ammesse anche per buone le dottrine da noi svolte, non ne sia sempre, nè sufficientemente larga, nè sufficientemente estesa la trattazione: ma noi meglio che esporre le dottrine stesse con tutto quel corredo che sarebbe necessario a porle pienamente in rilievo, abbiamo voluto dare un saggio del nostro modo di vedere, e crediamo quindi, che la ragione del lavoro giustifichi il modo col quale è stato eseguito. Del resto noi conosciamo la povertà nostra, e non vogliamo con queste poche osservazioni crederci in diritto di esser esenti dalle censure che troppo giustamente possono e devono certamente essere fatte sul nostro lavoro: abbiamo solo voluto accennare come questo non possa e non debba esser giudicato alla stregua dei grandi e compiuti lavori, nei quali largamente si trattano od universali o speciali dottrine. Certamente, se con speciali dimostrazioni si fosse dovuto trattar ogni materia della quale abbiamo

parlato, non sarebbe bastato questo libro, e sarebbe stato erroneo il titolo dei prolegomeni. Vogliamo che il titolo giustifichi il nostro intendimento per ciò che si attiene alla redazione del lavoro, non rifiutiamo del resto le censure sulle imperfezioni della redazione, e sugli errori nei quali possiamo essere incorsi: può anche darsi che qualche concetto nostro per la brevità con cui è svolto, o diremo meglio, accennato, non sia a dovere compreso, (e non intendiamo dire con ciò che debba esser vero); ma ciò non toglie che la trattazione non dovesse essere semplicissima e brevissima: che altro abbiamo voluto far noi, fuorchè dare un breve cenno delle massime e dottrine che accettiamo, dello svolgimento che sulla base di questa accettazione saremo per dare al nostro lavoro? Passando dal titolo della legge ad alcun altro titolo del Codice civile noi ordineremo il commento alla stregua delle massime e dottrine stesse: mostrandone la ragione ci atterremmo nello svolgimento al metodo indicato; riassumeremmo gli aforismi e le dottrine tutte del passato; accenneremmo quali ci paiono conformi al vero ed in corrispondenza ai costumi nostri: quali ci paiono errate, e disformi dalle odierne idee ed abitudini dei popoli, e creeremo così le basi di quella riforma nelle scienze giuridiche che, escludendo gli errori del passato, e del presente, conservando le buone dottrine del passato, e mettendole a soccorso, anzi, diremmo meglio, a direzione delle legislazioni, e della giurisprudenza moderna, noi, non erroneamente, per quello, che a noi pare, abbiamo voluto chiamare opera di rinnovamento dei buoni studi giuridici in Italia.

Digitized by Google

NOTE

Nota a pag. 13.

L'esame degli studi, delle opere, delle tendenze, e delle dottrine del secolo scorso è la più alta dimostrazione della verità dei nostri dettati: se fu mai tempo nel quale l'antichità fosse poco studiata e meditata, fosse, diremo anzi a mo' di dire, dispregiata, fu certamente quello del secolo scorso; non si estendevano le ricerche del passato al di là del cerchio di pochi anni, tutto lo studio era nel presente, alcun poco per l'avvenire; non si esaminava il passato che superficialmente, per porre in luce gli errori, per finire di abbattere gli istituti che a quel passato si attaccavano.

Riguardo a ciò nessuno vorrebbe negare che non vi fosse molto da abbattere, e che non fosse opera suprema della civiltà il concorso mirabile delle scienze tutte a questo grande scopo di spezzare del tutto gli avanzi delle antiche barbarie; ma non si potrebbe anche negare, che mentre s'intendeva ad abbattere, non si poneva mente a studiare quello che utilmente e giustamente si doveva conservare; si perdeva la memoria del passato, si era condotti alla impossibilità di poter conoscere lo stadio della civiltà propria, e farne giusta ragione: occorreva che quel supremo ingegno del Vico con tutti i suoi scritti, e quello segnatamente della *Scienza Nuova* sorgesse a mostrare la grandezza del passato, il ricorso degli stessi fatti, e degli stessi giudizi, ora erronei, ora veri, plasmati diversamente secondo il ciclo diverso della civiltà dei tempi e dei popoli, a mostrare insomma la necessità di ragionare del presente con un continuo riferimento al passato: senza il Vico noi non avremmo forse la civiltà presente, noi non avremmo, come abbiamo avuto per un secolo, il progresso tutto diretto all'avvenire, ritemprato collo sguardo continuo al passato. Il Vico fece nella storia della scienza e della civiltà più forse che nessun altro uomo grande; i suoi dettati sono divenuti parte della civiltà dei popoli, esercitano la sua influenza, operano nella mente e ne-

gli studi tutti i più loutani e disparati dettati, e nessuno potrà contraddire a questa nostra sentenza. Ai tempi nostri, almeno in giurisprudenza, il passato è dimenticato per la troppa tendenza degli animi verso l'avvenire; le nuove opere di legge e della relativa giurisprudenza devono essere ritemprate alla luce della sapienza antica per ottenere quello splendore di dottrina che a loro si appartiene.

Il Codice Napoleone fu quasi letteralmente desunto dal commento del Pothier; in quel lavoro la scienza era ridotta a forma più rigorosa che negli altri commenti di scrittori antecedenti, si poteva con facilità ridurre a disposizione legislativa e così fu fatto. Questa deduzione del Codice civile ci pone in grado di fare un giudizio di molta importanza; vogliam dire, che i codicifatori forse non fecero studi a sufficienza lati, per scegliere sempre la migliore delle dottrine, e da questo fatto si deduce la ragione degli errori che si rinvengono in alcune disposizioni di questo Codice, in quanto ricopiando quel commento, si fu tratti naturalmente a riprodurre alcune disposizioni del giure statutario, scritto, e non scritto, delle diverse provincie francesi, e di qui hanno origine specialmente le censure che fanno gli scrittori italiani, non a questo Codice, poichè non fu fatto per i popoli d'Italia, ma a quelli sulle orme del medesimo redatti per questi popoli; dacchè per tal modo s'introdussero nelle leggi nostrane gli elementi di un giure strettamente francese, troppo meschino a confronto della grandezza della idea romana, poco conciliabile colla scienza nostra, che prese l'impronta al largo fare della idea romana.

Nota a pag. 17.

L'antica giurisprudenza ci viene indicata nel discorso degli antichi, e qualche volta anche dei moderni, sotto diversi nomi che si scambiano generalmente l'uno per l'altro senza distinzione, sebbene infatti ciascuno abbia nella scienza un significato proprio speciale, che a tutto rigore esclude la possibilità di usarli indistintameute l'uno per l'altro, fenomeno d'altronde che si verifica in mille altri casi.

Questi nomi sono diritto romano, diritto comune, diritto statutario, giurisprudenza forense.

Il diritto romano propriamente detto è quello che è dedotto dai volumi Giustinianei, e sotto un'alto concetto abbraccia le glosse ed i commenti che loro sono stati fatti.

Il diritto comune è il risultato del diritto romano ordinato e congiunto alle leggi e statuti dei singoli paesi; si forma colle applicazioui

dei dettati della scienza a tutti i rapporti giuridici di un popolo, sia che in parte si deducano dal giure romano, e in parte dalle leggi statutarie: questo diritto si trova discusso con molta estensione dai commentatori del diritto romano, in quanto hanno posto a riscontro di esso le conseguenze che emanano dagli statuti; si trova però più specialmente esposto dai trattatisti per la natura stessa e la specialità dei lavori ai quali hanno dato mano, come saremmo per dimostrare in seguito.

Il diritto statutario è quello che si deduce nettamente dallo studio delle speciali disposizioni degli statuti dei popoli, laddove questi hanno supplito a un vuoto del giure romano, ed importano la deroga ad alcune delle disposizioni di questo: lo svolgimento e la esplicazione di tale giure si trova e nei commentatori, e nei trattatisti; ma è specialmente svolto nelle opere dei consulenti, laddove si fanno appunto ad addottrinare gli indotti sulle pratiche del foro, e sulle cautele da usarsi a tutela degli interessi civili.

La giurisprudenza forense poi non è, che il diritto comune considerato ristrettivamente a certe interpretazioni speciali, che vi sono date da paese a paese, e si dice perciò forense, come a dire proprio di quel dato foro, perchè al di là di quella data cerchia non si estende.

Del resto due osservazioni pongono in luce quanto si vuole e si deve dire in cotesta materia; la prima è, che sebbene nelle opere dei diversi scrittori prevalga più l'una che l'altra materia (siccome a mo' di esempio in quelle dello Stricchio, del Cujacio, del Voet prevale il diritto romano al diritto forense), in altri prevalga il diritto forense al diritto romano, come in quello del Deluca; in altri infine l'uno e l'altro diritto siano insieme commisti, siccome nel Donello, nel Richeri; pure le differenze sono di così poco conto, che al punto in cui cessò il diritto vero comune per dar posto ai nuovi Codici, si guardava al complesso di tante opere, di tanti studi, come ad un solo tutto; non si aveva che la scienza, la quale era anche il diritto; non si aveva che un diritto rappresentato dalla scienza; questa poi non si valeva di tali diversi nomi, che per norma direttiva degli studiosi in determinati speciali casi; mentre poi la parola più conveniente a significare la scienza, divenuta legge, era quella di diritto comune; e perchè accennava a fatto di una dottrina che era comune a tutti i popoli d'Europa e ne regolava i rapporti, e perchè nello esteso e generale significato della parola *comune* accennava a tutte indistintamente le dottrine giuridiche di quei tempi; accennava, che come Roma un tempo aveva governato il mondo intero, la sua legge dopo tanti secoli riproduceva il fenomeno di un diritto comune universale.

Digitized by Google

Nota a pag. 37.

Il giudizio della scuola storica sulle codicificazioni è tutto ciò che di più aspro e grave si può immaginare: e non si può negare da una parte, che la sua opinione non sia esagerata quando si consideri nudamente in se stessa, perchè le codicificazioni, a chi ben vede, non esclusero i dettati della scienza, e se si lasciarono i buoni studi, fu perchè gli uomini ritennero di poter provvedere alla evenienza dei casi senza il ricorso ai medesimi, non per conseguenza necessaria, indeclinabile, della codicifazione stessa; e però l'errore ad esse susseguente di altri uomini non può nè scemare il pregio, nè aumentare il difetto di chi operava senza averlo preveduto: non si può negare dall'altra, che essi non avessero dovuto prevedere le conseguenze del fatto loro, non avessero dovuto prevedere che non fosse del tutto inutile, e sotto determinati aspetti anche dannoso, il riprodurre con parole nuove o diverse (che dovevano essere fonte di molte questioni) dei dettati di dottrina, nei quali tutti consentivano, che non ammettevano tampoco le questioni scatenti dalla redazione della legge; sotto questo aspetto la scuola storica ha piena ragione; la prova poi si ha in ciò, che appena uscirono i Codici nuovi, si sentì il bisogno di porli in armonia coi dettati del giure romano e comune, di mostrare a segno di bontà e di gloria, che ne erano una deduzione; e si stimò opera per eccellenza pregievole quella, che mostrò i riscontri della legge nuova coll'antica: ora a che fare dei Codici, se, per mostrarne la bontà, avevate bisogno di mostrarli conforme al giure precedente? A quale uopo volere, che si redigessero in nuova forma dottrine pacifiche dei secoli e perfettamente e largamente svolte nei libri antichi? Come trovar bello che si mettessero gli uomini a rischio di non intendersi più per le difficoltà presentate dalle parole della nuova legge, mentre indubbiamente si intendevano prima?

Del resto la prova che questo riscontro si teneva per necessario, e si aveva in conto del merito della nuova codicifazione, si ha nella fama nella quale salirono gli scrittori, i quali cercarono di porre in luce cosiffatti riscontri, fra i quali tutti nomineremo a titolo d'onore l'italiano Taglioni, pe' suoi riscontri fra il Codice Napoleone e i volumi del diritto Giustinianeo.

Nota a pag. 65.

Tutte le leggi umane sono difettose sotto due aspetti: il primo per imprevidenza, in quanto il legislatore non ha misurato tutte le conse-

guenze delle sue disposizioni, e queste, o non giungono fin là dov'egli vuole, o sorpassano i limiti che egli intendeva fissare; l'altro per insufficienza delle parole usate, in quanto interpretando la legge secondo lo stretto significato della parola, si viene a conseguenze, che paiono ripugnare in fatto col vero intendimento del legislatore: la giurisprudenza interpone l'opera sua per correggere questi difetti, e toglierne le conseguenze; prevale segnatamente nell'interpretazione e nei limiti che si devono assegnare alle parole legislative, e sopperisce mirabilmente perciò ai difetti stessi: prima delle codicifazioni moderne l'errore delle leggi in soggetta materia era stato corretto, la giurisprudenza aveva tolto di mezzo queste difficoltà: colle codicifazioni si è introdotta la necessità di esaminare di nuovo la parola della legge, di mettere le diverse disposizioni in armonia tra loro; si sono resi inutili molti degli studi del passato, e create di nuovo molte difficoltà, che erano già state vinte: il danno è grave, ma il peggio si è, che ai tempi nostri non si comprende e misura a dovere tutta la estensione di queste difficoltà; si può dire anzi, che appena si concepiscono ed intravedono: di qui emanano tutte le incertezze, tutte le contraddizioni che dominano nel regno della giurisprudenza; si deve cominciare da questo difetto dei rimedi più proficui a correggerlo per avviare gli animi ad una giurisprudenza dotta e conforme ai bisogni civili.

Nei secoli scorsi, anzi diremo, nel secolo scorso, per accennare a tempi prossimi, pei quali è più facile misurare la importanza e la ragione dei fatti, le riforme amministrative e legislative erano la conseguenza dei dettati promulgati da grandi e venerati scrittori dei tempi, e l'opera molte volte diretta e volontaria dei legislatori; i legislatori precedevano gl'intendimenti e le opinioni del popolo; ai tempi nostri al contrario la opinione del paese precede sempre l'opera dei legislatori, questi non si credono obbligati a mutare e riformare, se non quando il paese ne li richiegga con lunga ed incessante voce; questa diversità di procedimenti si deve in principal modo alla grande efficacia e vivacità della stampa periodica, le idee si diffondano con una facilità incredibile, i redattori dei fogli ora per convinzione precedono le idee altrui, ora per necessità si adoprano a sostegno delle idee nuove; qualche errore è sempre introdotto in una stampa destinata alla vita di un giorno, ma gli effetti durano, l'opinione pubblica si manifesta in essi e per essi trionfa; le riforme per questo sistema si fanno più prontamente e sicuramente.

Del resto non si vuol dire, che la opinione pubblica significhi ragione e verità: la stessa parola *opinione* esclude la possibilità di questo concetto, sebbene nel comunale discorso si scambi l'una per l'altra: ma quando un popolo, per erronea opinione, accetta per buono e vero un dettato falso e

dannoso, le società non pertanto non possono procedere diversamente da quello che essa imponga. Chi può dirigere e volere fuorchè la maggioranza dei cittadini? Quando mai la minoranza può farla accorta dei suoi errori, prevalere nei di lei consigli? Si erra per necessità; si può fare questione se vi siano i mezzi, i dettati per infrenare le esagerazioni ed i difetti dell'opinione pubblica, ed evitarne le fatali conseguenze, e vi sono certamente e sono atti per eccellenza a prevenire gli errori: ma se gli errori sono già infiltrati nel sangue e nelle vene della società, occorrono le esperienze dei mali che ne susseguono, perchè siano riparate: l'opinione pubblica non può ammettere tampoco di errare, non può acconsentire di sottoporsi al sindacato di uno o pochi uomini; questa costante riproduzione di uno stesso fenomeno, mostra come la minoranza invano il più delle volte si arrabbatti per combattere direttamente e trionfare, essa stessa d'un errore comune; che essa non può combatterlo che indirettamente, perchè trionfi presso la generazione che ne aussegue; che l'errore comune è tal nemico, che non può esser vinto che dal tempo e dalla esperienza; che non si dà vinto se non quando sulla scena del mondo invano si cerca e più non si trova il vincitore; vogliamo dire, allora che tutti ad un punto lo negano, tutti pretendono di non avervi mai partecipato.

Nota a pag. 66.

La ragione non sarà in condizione di misurare e regolare gli eventi umani, che quando la legge sia ridotta a scienza; la legge non potrà essere ridotta a scienza, che quando sia patrimonio universale di tutte le nazioni, e ciascuna vi porti il suo tributo di lume e di fatica: bisogna insomma, non ostante le codificazioni, tornare ad un nuovo gius comune, che si coordina colle parole della legge, escludendone la troppo letterale interpretazione ora di moda. Lo spirito umano tende a questo còmpito e lo raggiungerà per certo. La prima dimostrazione della verità di questa enunciativa sta nel fatto, che tutte le legislazioni moderne sono improntate allo stesso spirito, paiono uscite dallo stesso conio; la seconda sta nel fatto costante, che i dettati veri di ragione si sviluppano in tutti i luoghi, sono in tutti i luoghi, coi migliori mezzi possibili posti in evidenza; ciascuna nazione trae partito dal senno e dalla civiltà degli altri: ed è quindi necessità che, per aumentare il patrimonio della sua, si giunga a creare un gius comune universale, comunque in alcune parti debba restar qualche differenza, comunque questo fatto debba compiersi in modo alquanto diverso da quello che si formulasse l'antico diritto comune. Di fronte al vaticinio nostro sulla formazione indispensabile di un

Digitized by Google

nuovo giure sociale e comune, si può dire che l'opera della codicifazione, se non fu cosa del tutto oziosa ed inutile, non costituisce però che un fatto transitorio; non è che uno dei mezzi che si adoperano per dare effetti alla transizione da uno stadio di civiltà ad un altro, per questo appunto, che il secolo si trova incapace di misurare la importanza degli istituti antichi, e di poterli rendere strumenti della sua continua tendenza al miglioramento; e aveva bisogno di trovare altri mezzi atti a farla progredire, e a riprodurre la scienza antica con forma nuova.

Se poi queste poche osservazioni non bastassero a mostrare, non diremo che non sia necessario in sè, del che nessuno può dubitare, ma che vi sia una continua tendenza a riunire le legislazioni dei paesi in una legislazione sola, a fare delle diverse loro disposizioni una scienza comune, che si riconforti delle parti migliori d'ogni legislazione, e induca i popoli ad abrogare le parti non buone della loro legislazione, surrogandovi le parti buone della legislazione altrui, il fatto dello studio costante delle leggi comparate (studio che si trova così importante, che se ne sarebbe voluto fare oggetto di una cattedra, locchè, sia per vero dire, accennato solo per incidente, è un grosso errore, essendo impossibile trovare in una semplice comparazione la sintesi scientifica che pure occorre in tutti gli insegnamenti umani), è una prova che lo spirito umano riconoscendosi solidale nei fatti che servono al miglioramento delle condizioni sociali, tende a fare una legge, o per lo meno una scienza che serva a tutti, e nell'interesso di tutti regoli eziandio i rapporti da nazione a nazione. Il fatto più ammirabile poi in proposito è il così detto diritto internazionale, che di presente tanto si pregia e si studia, e che non è in fatto che la esposizione di una serie di dottrine, e di esperienze, atte a risolvere le questioni, e a regolare i rapporti di cui abbiamo parlato, nel senso che ogni nazione accetti determinati principii e secondo i medesimi si governi nella risoluzione delle questioni, nelle quali abbiano parte individui appartenenti a nazione straniera, in surrogazione di quei patti, e di quelle convenzioni che non possono essero per intero stipulate tra i popoli. Le norme adottate dalla scienza in questa materia non potranno mai, a chi ben guarda, costituire un diritto abbastanza bene determinato da avere, e nome e norme proprie, ma si può ben rimediare in una ampia sintesi di dottrine, la quale può essere capace d'un alto e splendido insegnamento.

Il diritto comune, creato, si può dire, in Italia, si estese a tutta Europa, esclusi però i popoli anglici, i quali, ristretti nell'amore dei vecchi loro istituti, non hanno voluto fare loro pro' mai della scienza degl'altri popoli; è questo un fenomeno che merita d'essere studiato, non nelle sue origini, che poco importano per noi, ma nelle suo conseguenze:

Digitized by Google

per l'indole dei nostri studi, noi ci limiteremo à due soltanto: l'una si è che questo popolo nel suo interno, tenendosi alle leggi vecchie, abborrendo le codicifazioni, ha col corso dei secoli, sui ruderi delle vecchie leggi, eretto il grande edifizio della scienza e della equità, che è l'estremo ed indefettibile termine d'ogni vera civiltà, d'ogni condizione legislativa dei popoli; l'altra, che la sua ostinazione nel conservare i suoi vecchi istituti in questa sua speciale condizione di legislazione, ha richiamata l'attenzione dei popoli e dei filosofi segnatamente nel secolo scorso; ha fatto giudicare, che i suoi istituti siano migliori di quelli degli altri popoli, come accade tuttodì prendendo ad esempio per le nazioni, ciò che si verifica per gli individui, che tutte le volte che un uomo si mostri tenace del suo proposito, fermo nelle sue idee, e persuaso sinceramente di essere più avanti degli altri nella conoscenza ed intelligenza del vero, gli uomini cominciano sempre dal meditare sulla sua opinione, dal rispettare la sua convinzione, e finiscono talvolta col concorrere nella medesima; e ne venne poi la così detta anglomania, alla quale, per parlare d'alcuno de' suoi non buoni effetti, che buoni ne ebbe pure e molti; si deve specialmente la istituzione dei giurati in Europa, tanto poco consentanea, organata com'è, all'indole dei popoli latini, e poco profittevole alla civiltà presente ed avvenire; ma di questa parleremo in seguito.

Nota a pag. 66.

Ai tempi nostri vi sono gli ignoranti della giurisprudenza antica, vi sono gli avversari: si collocano tra i primi gl'ingegni di minor conto che, credendo poter applicare con giustezza la legge nuova a tutte le contingenze sociali, credono del tutto inutile ricorrere ai dettati della sapienza antica, appena credono necessario informare la loro mente al lume della sapienza dei Tribunali (se sapienza vera in essi sempre si rinvenga), e di qualche scrittore moderno; si collocano tra i secondi quegli ingegni abbastanza forti ed illuminati che, non disconoscendo la profondità della sapienza antica, si affaticano non pertanto a mostrare che in essa erano difetti gravissimi, resi più gravi ai tempi nostri per le mutate condizioni sociali, e ne traggono la conseguenza che sia inutile ricorrere alla medesima nelle redazioni delle leggi, e nelle loro attuazioni, ed applicazioni ai casi pratici; uno dei principali oggetti, che si pongono in campo in proposito si è, che la giurisprudenza antica si risolve in una indigesta casistica, e ripugna alla ragione di una buona giurisprudenza il procedere per le vie della semplice casistica: certamente che argomentando dalla moltiplicità dei casi pratici, si possono trovare delle difficoltà

supreme ad ordinare la legge sotto un concetto unico, che a tutti provvegga; ma il legislatore non potrà fare una buona legge se non ha davanti agl'occhi, e non rivolga in mente la moltiplicità dei casi pratici. Certamente che la giurisprudenza deve riordinare e regolare la casistica secondo il concetto generatore della legge, ma sarà sempre indispensabile dare al fatto ciò che spetta al fatto, non escludere la ragione del fatto per fare trionfare la sola ragione della legge; perciò a lungo andare la giurisprudenza si risolverà sempre nella casistica, che è appunto la ragione del fatto, e il risultato supremo della giustizia e della equità: così con certe dottrine non molto meditate, col ricorso a certi principii generali, che soddisfano non solo all'inerzia, ma sì all'amor proprio de' tempi, si dà mano alla falsa intelligenza degl'istituti legali de' tempi, all'abbandono della sapienza antica; finchè non si sarà riordinata la sapienza dei tempi nostri in armonia alla sapienza antica e non si saranno con ciò posti in chiaro certi errori degli scrittori dei tempi nostri in codesta materia, non possiamo essere fatti certi che il vero riprenda il suo impero sulla mente umana.

Nota a pag. 87.

Quando il Gravina, sul fine della sua grande opera, significava ai giovani studiosi del diritto, come dovessero specialmente ricorrere ai volumi degli ultimi scrittori, dava un precetto altissimo e giustissimo, e che non potrebbe da nessuno essere revocato in dubbio; poichè, come abbiamo detto noi, da una parte gli scrittori primi erano meno dotti nella ragione del giure romano, più aridi nella forma, meno estesi nella dottrina, e nella moltiplicità dei fatti, ai quali si estendevano principii speciali del diritto; dall'altra gli scrittori ultimi riassumevano sempre nelle loro opere le dottrine degli scrittori antecedenti, si pregiavano di mostrare il ricorso alle opere di questi, e lo studioso, non solo per quel che essi dicevano, in armonia ai dettati antichi, ma per le citazioni da essi fatte, era posto facilmente in grado di conoscere le opinioni antiche, e di poter ricorrere ai volumi degli scrittori citati tutte le volte che ciò fosse sembrato loro necessario. Ora si potrebbe applicare questo precetto ai tempi nostri, e per ciò che riguarda i nuovi studi e commenti sulle vigenti legislazioni? Evidentemente no, perchè manca il nesso tra questi ed il passato; tutta la sapienza del passato è dimenticata; e si chiarisce così, che ciò non potrà aver luogo che quando (come proponiamo noi) i nuovi libri si pongano in armonia, si deducano dai dettati della antica sapienza, questa sia chiamata a nuova vita, non sia più, come è di presente, ridotta un monumento, che per di più nessuno si cura tam-

poco d'illustrare, come si suol fare di qualche oggetto rinvenuto in qualche tomba o caverna.

Nota a pag. 93.

Basta il semplice riscontro dei diversi titoli e dei diversi reati contemplati nel Codice penale militare per vedere, come con tutta facilità, con tutto il corredo della chiarezza e della economia, si potrebbe fare di due un Codice solo, e levare il secondo, comecbè realmente ozioso ed inutile; daochè contempla gli stessi fatti, ne riproduce i caratteri, ne determina le pene, alcune volte uguali, sempre analoghe e somiglianti. È vero che in alcune materie, siccome nel falso dei congedi, furti di sostanze di pertinenza dello Stato, il Codice militare si occupa di una serie di fatti speciali alla condizione dei militari, non apertamente e tassativamente contemplata nel Codice penale comune; ma è facile vedere, che se i reati di questo genere si operano molte fiate sopra una serie di enti, nella sfera dei quali, o raro, o mai, potrebbe delinquere un cittadino non militare, non muta perciò la natura del reato: la diversità della persona che delinque, la diversità della cosa in forza della quale si delinque, non può sottrarre quel fatto speciale al concetto del legislatore, ed alla relativa ragione penale, quand'anche per avventura le condizioni del fatto stesso, per la qualità della persona, importino aumento o diminuzione di pena dello stesso genere o pena diversa.

Nota a pag. 93.

Fissata nelle leggi dello statuto la condizione sociale, sia per ciò che riguarda il Supremo Imperante e i pubblici ufficiali, sia per ciò che riguarda il cittadini privati e i rispettivi loro diritti, sia per ciò che riguarda i rapporti colle estere Nazioni, basterebbero due articoli a parte; l'uno per istabilire, che tutte le violazioni ai diritti in esso sanciti sarebbero puniti con determinate pene, l'altro, per istabilire che i rapporti tra nazione e nazione sarebbero regolati con determinati principii, perchè si trovasse l'addentellato per innestare il Codice civile nel penale, per riunire il così detto diritto internazionale al diritto civile, e mostrare che è il risultato degli stessi concetti, delle stesse leggi che regolano lo Stato; subito dopo queste disposizioni sarebbe collocato il capitolo delle leggi, che estenderebbe la sua sanzione con tutta l'estensione de' suoi dettati a tutti i fatti umani; sarebbe dichiarato a complemento delle disposizioni sulla estensione ed interpretazione della legge, che i principii che la infor-

mano si estendono indistintamente a tutte le leggi civili amministrative, onde precludere il campo a molte teorie inconcepibili al lume d'un esatto ragionamento, e che pure la giurisprudenza pratica ha fatto adottare: (tale è a mo' di dire quella, che nelle leggi amministrative non si può uscire dalla sfera materiale delle parole della legge) e si inizierebbe con sicurezza l'attuazione di quella splendida unità di legge e di giurisprudenza, che pure è nella mente e nel desiderio di tutti. Dopo di ciò verrebbero le norme sul modo di adempiere i doveri verso lo Stato, e la classificazione dei fatti contrari alla sicurezza del medesimo e le pene relative, e il Codice penale ci presenta nel suo titolo tutta la materia che sarebbe qui contenuta; in un titolo appresso sarebbero collocate le disposizioni relative ai rapporti colle estere nazioni, e quindi le discipline contenute nel Codice penale in ordine ai reati contro la sicurezza esterna.

Poscia, secondo che porta la giusta armonia del Codice civile, sarebbe collocato il trattato delle persone e a complemento dei doveri o degli obblighi consentiti, sarebbero collocate tutte le sanzioni del Codice penale per ciò che riguarda i reati contro le persone, che è quanto dire l'omicidio, parricidio sino all'aborto, il ferimento, impedimento della libertà, l'offesa nell'onore; sarebbero collocati perciò in questo titolo come parte integrante della materia i reati di abuso degli ufficiali pubblici contro le persone dei privati, i reati della ribellione dei privati contro la forza armata, quelli del porto d'armi, della calunnia, dell'ingiuria, gli abusi dei padri contro i figli, gli abusi dei mariti contro le mogli, dei figli contro i padri, i reati di adulterio, di bigamia, di negata paternità ed assistenza ai figli, i reati infine di falso, quando non avessero altro scopo che quello di offendere il diritto delle persone.

Poscia collocato il titolo delle cose secondo l'ordine serbato nel Codice civile, cominciando dalle loro classazioni, modi d'acquisto, modi di cessione del diritto di proprietà nell'interesse comune pubblico e privato, sarebbero collocati tutti i reati contro la proprietà, e così l'esercizio indebito delle proprie ragioni come materia attenentesi al possesso, i reati di chi tenta far testare o vieta di testare a una persona, i reati di furto incominciando dalle grassazioni anche nel caso di omicidio e ferimento dei grassati, giacchè il delitto vuol essere classato secondo il suo elemento intrinseco, anzichè secondo il suo risultato di fatto; i reati di falso in atti pubblici, privati, monete, bolli, carta dello Stato, i reati dei pubblici montisti, avvocati, periti, corruzione di pubblici ufficiali, contrabbando, miniere, tesori, appropriazione di oggetti smarriti, sottrazione di recapiti.

Verrebbe terzo il titolo delle convenzioni e dei contratti, ed appresso

Digitized by Google

i reati derivanti dal dolo e dalla frode, siccome il falso, la truffa, le conseguenze derivanti dai quasi delitti e dai quasi contratti, abuso nell'amministrazione altrui, abuso di confidenza.

Verrebbe ultimo il titolo relativo al modo di guarentire le obbligazioni; e quivi sarebbero collocati i reati di falsa testimonianza, i reati dei notai che non inserivono le ipoteche, dei depositari pubblici e privati che negano l'edizione dei recapiti o scritture; e non si può dubitare che in breve non potesse essere plasmato un Codice a questo modo, e tolte così le fatali conseguenze derivanti dalla attuale pluralità dei Codici.

Nota a pag. 93.

Quanto al Codice di processura l'innesto dell'intera loro disposizione nel Codice di massima è quasi impossibile, a meno che non si adottasse il concetto di porre le disposizioni relative come un ultimo titolo del Codice civile sotto nome *del modo di esperimentare e far valere i propri diritti*, locchè a dir vero sembra non solo possibile, ma necessario a voler porre tutte le parti della legge in buon accordo tra loro: questo concetto poi si mostrerà in tutta l'evidenza, quando le leggi di processura ridotte alla vera e necessaria loro semplicità saranno riordinate in poche norme generali, che daranno facoltà ai cittadini di provare tutti i loro diritti, senza che le disposizioni di rito per troppo rigore delle loro forme ne facciano ostacolo. Ai tempi nostri il troppo amore del meglio rende le leggi del rito compassate, e difficili quanto si può mai immaginare; hanno le apparenze d'un campo trincerato, intorno al quale si sono confitti pali e chiodi, sicchè chi vuole camminare tra mezzo senza inciampare o restar ferito, ha d'uopo di bene aguzzare gli occhi e guardar bene dove mette il piede; diversamente da ciò il sistema che noi siamo per proporre, può sembrare imperfetto ed incapace di provvedere alla bisogna, conciliando gl'intendimenti supremi del potere sul fatto svariato ed incompiuto sempre dell'individuo; ma in questa parte noi abbiamo viva fede nell'avvenire, e di qui la ragione del nostro convincimento in proposito. Del resto per dare pure una indicazione preventiva della nostra opinione: noi vorremmo, a mo' di dire, che, lasciate le regole sulla competenza assoluta e relativa per ciò che fosse conforme ad un alto concetto di amministrazione d'un popolo, qualunque Tribunale potesse esser indistintamente adito per la trattazione di una causa, e solo il cittadino potesse opporre la eccezione d'incompetenza alla chiamata in giudizio; vorremmo che le norme della dinamica processuale fossero latissime, consentiti i termini, le facoltà a far le prove le più late possi-

Digitized by Google

bili, non fossero obbligatorie le regole fissate dalle leggi che quando una delle parti dichiarasse di volersi attenere alle medesime; che le disposizioni relative agli appelli, alle terze istanze (useremo sempre di far cenno di questo Tribunale, che pure l'ordinamento giudiziario del Regno non ammette, perchè secondo il nostro concetto è indispensabile alla perfezione dell'ordinamento stesso), si limitassero ad assegnare il termine necessario a provvedervi in seconda o terza istanza, e i termini all'uopo non si dovessero ritenere perenti, se non dietro apposita sentenza della parte interessata a valersi della sentenza dei primi giudici: che la esecuzione tanto sui mobili che sugli immobili fosse regolata colle stesse norme tanto per la stima, che per l'incanto, salvo poi per ciò che riguarda gl'immobili, il giudizio di graduazione successivo alla vendita; ed è perciò manifesto, che, organizzata la procedura con poche discipline, queste s'informerebbero del lume dei dettati generali del giure civile, la troppa condiscendenza alla parola della leggo non sarebbe della procedura, come abbiamo detto, uno strumento per piccola negligenza atto a recare gravissimo danno.

Ma lasciato a parte quel che si potrebbe fare pel miglioramento dei Codici di processura, del che pure tutti sentono la necessità, non si può dubitare che molte materie contenute nelle leggi di processura non siano per la loro natura una conseguenza dei principii più esatti del giure civile, e che ne facciano parte: è nell'intelligenza ed esplicazione di questi, che nascono specialmente le difficoltà delle quali abbiamo parlato, ed è perciò non solo utile, ma necessario che siano innestate nel corpo del giure di cui sono parte, onde la loro separazione dal medesimo non sia fonte di falsa intelligenza o di falsa applicazione dei medesimi; che se per avventura si venisse in campo colla osservazione che queste disposizioni per la loro pratica applicazione hanno tal nesso colle pure e semplici leggi di rito che, levandole dal corpo di questo, per collocarle nel corpo delle leggi civili, si renderebbe meno facile e chiaro a tutti il nesso che esiste fra loro, e si creebbero delle difficoltà pratiche che attualmente non esistono; si può rispondere, che con pochi riscontri o rimandi da un corpo all'altro si provvederebbe facilmente a codesto difetto, mentre pure è certo, che si discute da imperfezione ad imperfezione, poichè ora ad ogni modo si verifica nei rapporti col Codice di massima lo sconcio che si vorrebbe porre in campo contro di noi per declinare l'attuazione dell'opinione nostra, e gli effetti che ne deriverebbero: del resto, scorrendo i Codici di processura, facilmente si veggono delineate le materie che se ne possono levare, quelle che possono essere mutate: tutto sta nella misura dei mutamenti, ma essi avverranno per certo.

Nota a pag. 123.

Noi crediamo utile non solo, ma indispensabile requisito della bontà della legge, che sia lasciata al giudice una larga scala entro la quale egli possa sentenziare a suo grado nella sfera tanto civile quanto penale: si oppone a questa opinione il dettato, per eccellenza confortato dall'autorità di Bacone, che la legge è più imperfetta in ragione della maggior libertà, o come si dice, arbitrio concesso ai giudici; ma volere applicare questo dettato ai tempi nostri ed alle leggi nostre per restringere ancora il campo da queste lasciato alla coscienza dei giudici è un vero anacronismo, è un errore che nasce dal non sapere far ragione dei fatti, dai quali era suggellata, e dalla condizione dei tempi, ne' quali il Bacone scriveva: di que' tempi le pene esageratissime, nessuno limite alla podestà dei giudici al di là di ciò che si riferiva alla qualità della pena; il resto secondo il modo d'intendere, e di sentire e di volere del giudice: così una tenue infrazione di legge poteva essere punita con tanti anni di galera o tanti tratti di corda (umanità di que' tempi) quanti potevano valere per un reato anche gravissimo. In tali condizioni di cose era giusto dire imperfette le leggi vigenti, più perfette le leggi avvenire che meno lasciassero all'arbitrio del giudice: ma ai tempi nostri la legge è troppo esatta, troppo severa; si rimpiange e dai giudici, e dai paesi la necessità, che in determinati casi costringe i primi ad infliggere una pena che la qualità del reo dimostra ingiusta ed esagerata, e però, lasciando questo dettato come un monumento di sapienza in tutto il suo splendore, valendosi del medesimo, come d'un canone a cui far capo nelle redazioni delle leggi, si vede che bisogna porvi a riscontro il dettato che le leggi devono lasciare tanta libertà ai giudici, che possano col senno loro sopperire nella varietà dei casi alla volontà del legislatore, e fare quello che, declinando dal rigore della legge, avrebbe fatto egli stesso, se avesse dovuto giudicare, come facevasi anticamente dai capi dei popoli; questo nostro è un concetto giusto, complementare delle dottrine che devono prevalere nella redazione delle leggi, perchè la legge non è che un ente morale, che può informare la mente del giudice, ma non può togliere a lui la libertà di una retta ed adequata coscienza.

Nota a pag. 134.

Secondo la legge nostra il Tribunale, non vedendo abbastanza provati gli estremi dell'azione intentata dall'attore, ha facoltà di dichiararlo,

rimettendo l'istante a più ampia istruzione: è già un benefizio molto notevole, ma è poco efficace posto a confronto col sistema dell'opinamento romano; il giudice non solo per l'attore, ma sì anche pel reo, non solo pel fatto, ma anche pel diritto dichiarava quali erano i difetti che riscontrava nelle prove, le difficoltà nella attuazione delle massime che si invocavano a sostegno dei contendenti; a questo modo tutti i contendenti potevano conoscere le difficoltà pratiche della questione, e provvedere ai vuoti ed alle oscurità presentate dalla causa, o rinunziare alla medesima, quando si vedessero venir meno le prove, sull'efficacia delle quali, per errato giudizio, si era introdotta la causa: perchè non si è adottato così comodo ed equo sistema?

Nota a pag. 144.

Si vorrebbe, o per lo meno si accenna alla possibilità, e si propone la questione, se si possa introdurre anche nel giure civile il sistema di far risolvere le questioni di fatto da una serie di giudici cittadini conforme al sistema dei giurati in materia penale, rimettendo le sole questioni di diritto, dopo la determinazione del fatto, alla risoluzione dei magistrati; ma lasciata a parte la erroneità di questo sistema per la impossibilità nella quale sarebbero uomini indotti di poter ben determinare le vere qualità giuridiche dal fatto civile, vi osta la contraddizione fragrante tra questo sistema e il principio ammesso da tutti, che dal fatto nasce il diritto, d'onde la necessità, che una stessa mente conosca di quello e di questo; noi non ci occuperemo di questo errore che per porre in chiaro un solo ragionamento instituito in proposito da uno scrittore abbastanza illustre, che pure, fattosi propagatore del sistema di questa separazione, ha creduto di poterlo con poche parole mostrare non solo giusto, ma indispensabile alla buona amministrazione della giustizia. Maltini: *Studi intorno alla riforma del processo civile. Monitore dei tribunali*, 1865, N° 29, in data 22 luglio. — Col precetto di non scendere alla questione di diritto prima di aver definito il fatto, mirarono i novellatori ginevrini al miglior mezzo per ottenere e constatare il convincimento, ma intesero altresì per questa via di supplire ad una istituzione che tuttavia si desidera nel diritto moderno europeo. In sostanza, dice il Bellot, che cosa è un giudicato? L'applicazione della legge al fatto, e quest'applicazione torna impossibile, finchè non sia determinato il fatto per l'accordo delle Parti quando non contendono che sul diritto; pel giudizio dei giurati, e del giudici del fatto nelle legislazioni, in cui loro si deferisce la duplice cognizione.

Ma come soggiunge il Bellot. « On ne saurait dissimuler, quant à la « question de droit, l'influence de l'opinion personnelle du juge sur le « fait. On peut craindre, avec quelque fondement, qu'il ne soit disposé « à disputer, à subtiliser sur l'application de la loi à un fait admis, mal- « gré lui, pour constant.

« Cet inconvenient est réel. Il est inhérent au systeme de la cumu- « lation des fonctions de juge du droit et de celle de juge du fait.

« Il ne peut être entièrement levé que par leur séparation. Il sera du « moins affaibli sensiblement, si les juges se pénètrent de l'importance « de leurs doubles fonctions, de la nécessité de n'en point confondre « l'exercice de l'obbligation que leur serment leur impose de répon- « dre sur le fait d'après leur conviction intime, en faisant abstra- « ction du droit: et sur le droit, d'après la loi, en faisant abstraction « du fait; s'ils se pénètrent de l'idée, que hors de là il n'y a plus qu'in- « certitude et qu'arbitraire ».

A questo modo per il solo timore che si erri nella determinazione del fatto si vuole separare il giudizio del fatto da quello del diritto, ma chi giudica del fatto solo non potrà incorrere nello stesso errore, che chi giudica dell'uno e dell'altro? Giudicando del solo fatto si è posto in miglior condizione, per conoscerne la qualità, e bene determinarla ed esplicarla altrui? Chi vorrebbe confutare errore così grossolano? Il ricorso a così strani ragionamenti mostra, che la moda prevale, che si scrive per piacere sotto il predominio d'un appassionato modo di sentire; non si vogliono le cose, non si discutono le dottrine, si nega insomma la verità senza accorgersi di negarla.

Nota a pag. 196.

A nostro avviso le leggi transitorie in senso vero e proprio non si possono dare, perchè il passato è regolato dalla legge passata e col passato ne sono essenzialmente regolati tutti gli effetti; l'avvenire è regolato dalla legge nuova: tutta la difficoltà sta nel bene e rettamente determinare i veri limiti e gli effetti dei contratti antecedenti per determinare il punto, nel quale si pone in esercizio la legge nuova, sottomettendoli al suo impero; ma anche questa difficoltà non può dar luogo a leggi in senso vero e proprio: non possono occorrere, che poche e brevi discipline regolamentari, che servono al passaggio dall'una all'altra legge, nella varietà degli effetti pratici che dalla nuova legge derivano.

Digitized by Google

Nota a pag. 196.

La teoria della non retroattività della legge, quale si trova ridotta nei presenti Codici a disposizione legislativa, si dovrebbe togliere, non solo per quello che abbiam detto noi, ma per le difficoltà che presenta, e le eccezioni che in fatto la giurisprudenza, nel commentarla, ha dovuto introdurvi deducendoli sapientemente da altri principii generali di diritto: tali eccezioni principalmente si riferiscono: 1° alle leggi penali; 2° alla capacità personale; 3° alle successioni. In questi casi la legge in fatto ha effetto retroattivo; sarebbe quindi per lo meno necessario fare qualche modifica al detto articolo, onde dal seno della disposizione generale emergesse ancora generalmente l'eccezione relativa, e la norma per dedurre in quali casi si debba ammettere una eccezione alla regola.

Nota a pag. 196.

A me ha recata meraviglia immensa la disposizione del legislatore austriaco (il quale ha dato pure il Codice più razionale e più filosofico d'ogni altro, quello, in cui la parola è la meno atta a creare indebite restrinzioni, e la possibilità d'interpretazione diversa, o contraria alla mente del legislatore), cioè che in caso di dubbio si dovessero, in via di legittima interpretazione, ricorrere ai dettati del così detto giure naturale. Art. 2. « Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi *se-*
« *condo i principii del diritto naturale,* avuto riguardo alle circostanze
« raccolte con diligenza e maturatamente ponderate ». Si ammetteva, e la impossibilità che la legge potesse provvedere a tutti i casi, e la necessità di creare sui dettati della legge una giurisprudenza, che in larga scala ne assumesse le veci, si disconosceva la dottrina antica, che pure era l'opera solenne della esperienza e della sapienza umana, e non si dava tampoco ragione del perchè si ripudiasse; si stabiliva il ricorso a un così detto giure naturale (che si può bene sotto una larga sfera considerare, come una cosa sola nella sapienza civile svolta nei dettati della scienza), ma che non si può considerare per valutata dalla mente del legislatore, dacchè mostra manifestamente di ripudiare ogni dottrina; per tal modo si dava il campo alle più late e sconfinate interpretazioni, si escludeva la possibilità di dare un sistema d'interpretazione per tutti gli uomini, e si faceva certamente un'opera, non solo non necessaria, ma contraria a ragione. Ora qual opinione si era formato il legislatore della sapienza antica, giacchè non si può dire che la ignorasse! Perchè ebbe così vivamente ad avversarla! Noi crediamo, che facesse solo, perchè la sapienza antica gli paresse troppo grave e complicata, e le massime fondamentali della medesima, dedotte da legislazioni cessate, improntate

Digitized by Google

alla ragione di queste, ed inconciliabili collo spirito della nuova legge, però, comunque sia di ciò, noi dubitiamo che il fatto di codesto legislatore sia stata una delle principali cause di decadenza dei buoni studi in Europa.

Questo Codice fu pubblicato nel 1811, pochi anni dopo la pubblicazione del Codice francese, fu esteso ad un impero molto popolato; e chi vorrebbe dire, che questo sottile giudizio non sia abbastanza giustificato dal fatto.

Nota a pag. 209.

Nel presente Codice italiano non si parla dei regolamenti ed era pur necessario parlarne; in primo luogo per assegnarne i limiti e l'importanza nei rapporti colla legge, in quanto emanano da un potere diverso da quello che fa la legge, e nel conflitto che per avventura si potesse verificare tra le disposizioni dell'uno e dell'altro, era necessario determinare quale dovesse avere la prevalenza; in secondo luogo, perchè questi non hanno nome di legge e si può dubitare se siano sempre atti ad obbligare: per lo meno, argomentando del fatto, che il potere esecutivo è incaricato di fare i regolamenti, si doveva dire che assumono anch'essi forme e qualità di legge; qui certo si verifica una grave lacuna che era, benchè difettosamente, tolta di mezzo dal progetto di revisione del Codice albertino, art. 7.

In un articolo contenente osservazioni sul progetto di revisione del Codice Albertino inserito nel *Monitore dei Tribunali* ai numeri 154, 155, 156 del 27 giugno 1861 ed in successivo pubblicato nello stesso giornale sotto al N° 4 del 5 ottobre 1865 relativo al Codice presente, appena fu presentato in via di progetto, noi avemmo a significare come le disposizioni della legislazione francese e delle italiane sorte sulle sue orme:

a) Che il giudice non potesse rifiutarsi a sentenziare sotto pretesto di silenzio o difetto della legge, con minaccia d'essere considerato come colpevole di denegata giustizia;

b) Che il giudice non potesse sentenziare in via di regolamento o disposizione generale;

c) Che i soli regolamenti interessanti la generalità dei cittadini dovessero essere pubblicati nel modo che le leggi.

In quanto ci paressero del tutto vane e l'ultima per eccellenza irrazionale; e vedemmo con piacere che queste disposizioni sono state levate dal presente Codice: la corrispondenza del nostro pensiero con quello dei codicifatori, ci fa chiaro che le istesse idee si vanno sviluppando ovunque, e devono finire per trionfare.

Digitized by Google

Grozio chiamava la consuetudine *optima legum interpres* e ne aveva ragione: chiamava l'equità *portus voluntatis correctrix ejus, in quo lex propter universalitatem deficit;* e l'autorità di questo sommo scrittore torna bene per eccellenza ad appoggio della nostra opinione, si erge a biasimo dell'attuale giurisprudenza che si vanta di stare alle strette parole della legge.

Nota a pag. 229.

Riguardo alla interpretazione della legge dobbiamo fare alcune osservazioni in ordine al modo di togliere di mezzo i conflitti che paiono verificarsi tra Codice e Codice, articolo ed articolo d'uno stesso Codice. In generale si è ritenuto che, in difetto di conciliazione, il dettato o del Codice, o dell'articolo posteriore debba prevalere al dettato od all'articolo anteriore, in quanto dovendosi declinare o l'una o l'altra delle disposizioni, si è creduto di non poter regolare l'opera della scienza altrimenti che col principio, che la legge posteriore deroga all'anteriore; ma a dir vero io credo che codesta sia piuttosto un'opera da ciechi che da veggenti; come si può partire dalla data diversa dei Codici, dall'ordine numerico degli articoli relativi, per dire che l'ultima disciplina prevalesse alla prima, mentre da una parte si vede, che il legislatore non ebbe certo in mira tale abrogazione, dall'altra è certo che se avesse voluto farlo l'avrebbe detto esplicitamente; mentre in terzo luogo infine, se anche la data sia diversa, il legislatore ha mostrato di voler dare intero ad un tempo il Codice delle leggi, e non può coll'uno aver pensato ad abrogar l'altra? Partendo però dal fatto, che la differenza tra l'uno e l'altro articolo, o Codice, è effetto, non dalla volontà, ma dell'errore del legislatore, pare a noi, che l'interpretazione si debba regolare, dando prevalenza alla legge generale sulla speciale, al concetto fondamentale sull'accidentale, a ciò insomma che corrisponde meglio agl'intendimenti generali e manifesti del legislatore: staranno perciò sempre tutte le regole delle quali abbiamo fatto parola; lo studio in queste difficoltà richiama al pensiero il sistema d'interpretazione usato dai grandi commentatori, per conciliare alcune contrarie e contradditorie disposizioni del giure romano.

Il Cuiaccio che fu il più forte e potente commentatore in soggetta materia, lasciò alcune regole frutto d'una lunga esperienza e d'una profonda meditazione, le medesime non possono non essere applicate ed applicabili alle leggi nostre: mi pare quindi pregio dell'opera il riprodurle, perchè siano considerate come parte integrante del mio lavoro, e delle regole d'interpretazione da me adottate.

Digitized by Google

INDICE

Digitized by Google

CAPO II.

CAPO III.

CAPO IV.

CAPO V.

CAPO VI.

CAPO VII.

CAPO VIII.

CAPO IX.

—

PARTE SECONDA

CAPO I.

CAPO II.

CAPO III.

Digitized by Google

CAPO IV.

CAPO V.

CAPO VI.

CAPO VII.

Digitized by Google

ERRATA-CORRIGE

Alla pag. 19 si leva il N° 4 dacchè la materia relativa fu trasfusa nelle altre parti e l'indicazione della speciale trattazione in esso contenuta non rimase nello scritto, che per inavvertenza.

Alla pag. 91 N° 3 s'aggiunga in testa a questo numero l'indicazione della materia che si tratta e che fu ommesso per errore:

Della formazione di più Codici all'intento di regolare con speciali disposizioni alcune materie relative a speciali rapporti sociali, siccome le materie commerciali, marittime.

Alla pag. 93 sono occorsi errori ed ommessioni nella collocazione dei diversi paragrafi, in cui la materia è suddivisa, la medesima è predisposta come segue:

1° Le disposizioni del Codice commerciale e marittimo possono essere bellamente innestate nel Codice civile generale?

2° Le disposizioni del Codice penale militare, marittimo ed amministrativo possono essere innestate nel Codice penale generale? (nota 6).

3° Il Codice penale, che nei rapporti col giure civile non è che un Codice speciale, che deduce la sua entità e ragione dal Codice civile, può essere innestato nel Codice generale civile? (nota 7).

4° Il Codice di processura civile può essere innestato nel Codice generale civile? (nota 8).

5° Il Codice di processura commerciale può essere innestato nel Codice di processura comnne?

6° Il Codice di processura penale può essere innestato nel Codice penale comune?

7° Un Codice di processura ordinato sopra così larghe basi si può innestare nel Codice civile generale, sicchè, lumeggiato dalle disposizioni di questo, prenda in esso il suo vero posto, si mostri qual parte integrante dello stesso Codice civile, e sia tolta la possibilità di urti e contraddizioni tra le disposizioni dell'uno o dell'altro?

8° I due Codici di processura civile o penale si possono ordinare sotto così larghe e razionali disposizioni, soddisfacenti alle necessità sociali tanto nell'una che nell'altra materia, sì che di due se ne possa fare un solo?

Alle pagine 109, 110: è stato collocato a pag. 109 ed al § 6 ciò che doveva essere collocato al § 7 alla pag. 110; a tenore di quanto è portato dalla correzione alla pag. 93 di cui sopra: s'intende quindi, che la materia contenuta al § 7 debba aversi per collocata anteriormente alla materia collocata al § 6, così che l'una prenda il posto dell'altra.

005694567.